



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

PEDRO BARROS NUNES STUDART CORRÊA

**DE ONTOLOGIA E DEONTOLOGIA –
A REGRA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

Brasília, dezembro de 2013.

PEDRO BARROS NUNES STUDART CORRÊA

**DE ONTOLOGIA E DEONTOLOGIA –
A REGRA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada ao final do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves.

Coorientador: Professor Doutor Julio Ramón Cabrera Alvarez.

Brasília, dezembro de 2013.

FICHA DE APROVAÇÃO

DE ONTOLOGIA E DEONTOLOGIA – A REGRA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Monografia apresentada ao final do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves.

Coorientador: Professor Doutor Julio Ramón Cabrera Alvarez.

Banca Examinadora

Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves
Orientador

Professor Doutor Julio Ramón Cabrera Alvarez
Coorientador

Professor Doutor Rodrigo de Oliveira Kaufmann
Membro da Banca Examinadora

Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira
Membro da Banca Examinadora (Suplente)

Brasília, 17 de dezembro de 2013.

*“Mais elevada do que a realidade
está a possibilidade.”*

MARTIN HEIDEGGER

AGRADECIMENTOS

Esses últimos seis anos deixarão saudades. Acredito que deixarão também boas lembranças para o que ainda está por vir. Tenham sido grandes ou pequenos, as realizações e os acontecimentos que se sucederam nesse período moldaram experiências muito especiais. Espero que, de alguma forma, este trabalho consiga simbolizar um pouco do que esse tempo representou para mim. Além disso, espero também que ajude a manter vivo o espírito acalorado para as outras experiências e os desafios que certamente surgirão. E, por mais clichê que seja, não conseguiria ter alcançado sequer metade disso sem o auxílio e apoio de pessoas que foram importantíssimas nessa jornada. Por isso, gostaria de, sem muitas moderações, agradecer a todos aqueles que foram fundamentais durante esse período.

À minha mãe, Aléssia, e ao meu pai, Rodrigo, por me mostrarem, cada um à sua maneira, que as dificuldades existem para serem superadas. Ao meu pai, pelo espelho propiciado como conduta exemplar, e à minha mãe, por muitas vezes dar um enfoque positivo às coisas que são realmente importantes na vida. À minha avó, Maria de Jesus, por ter fornecido, junto com meus pais, parte dos elementos materiais necessários para o desenvolvimento dos estudos que eu realizei até aqui. E, ao meu irmão, Mateus, cujas demonstrações de sensibilidade, determinação, carinho e força de vontade me inspiram a tentar ser uma pessoa melhor.

Ao meu primo, Nei, pela lealdade e, principalmente, pela forte amizade cultivada desde que me lembro por gente. Ao Gustavo, por fazer parte de quase todos os momentos importantes vivenciados nesse tempo. Durante os caminhos semelhantes trilhados nessa jornada, foi bom saber que havia um ombro amigo ao lado.

À Jacira e à Ivonete, pelos exemplos de esforço e de profissionalismo.

E, nesse tempo de aquisição de conhecimentos e desenvolvimento de novas habilidades, gostaria de fazer um agradecimento generalizado a todos aqueles professores responsáveis, em alguma medida, pelo crescimento e amadurecimento intelectual que eu tive nesses últimos anos. De forma mais específica, gostaria de agradecer ao Professor Marcelo Neves por ter aceitado a orientar um trabalho de tema pouco usual. Ao Professor Julio Cabrera, pelo compromisso em sala de aula, amplo domínio do conteúdo ministrado em suas disciplinas e variada cultura acerca de assuntos dos mais diversos, aspectos que somente poderiam ser atenuados diante de sua fina capacidade de despertar o senso filosófico em seus alunos. Ao Dr. Rodrigo, pela experiência profissional propiciada, e pela demonstração de que

criatividade e rigor técnico não devem ser tidos como contraditórios, e sim complementares. Gostaria, ainda, de prestar agradecimentos especiais a quem certamente foi o maior professor que eu tive durante esse tempo, Artur.

E, por último, seria absurdo deixar de agradecer àqueles que tornaram esses últimos anos tão especiais e marcantes – os amigos.

Ao Rafael e ao Thiago, pelos mais de dez anos de amizade, e junto com isso por todos os conselhos prestados, bons momentos compartilhados e pela ajuda quando necessário. À Paula, pela sensibilidade e lealdade, e pelo carinho guardado mesmo diante do que parecia ser mais provável. E pelas risadas que até hoje continuam engraçadas. Aos poucos, porém excepcionais amigos que eu fiz na faculdade – Augusto, Andréa, Bernardo e Ramon. E àqueles de longa data, por todos os momentos divertidos, conversas, bebedeiras, por toda a ajuda e até mesmo pelas brigas que me ajudaram a crescer – Amanda, Bia, Dudu, Estêvão, Fernandinho, Isabelinha, Joaquim e Uchôa. Agradecer em uma página e meia o quanto vocês foram relevantes nesse período é muito pouco. Precisaria de muitas outras para tentar demonstrar o quanto vocês são importantes para mim.

RESUMO

Na contemporaneidade, a insistência em sustentações puramente positivistas do direito parece ser algo cada vez menos possível e adequado. Além disso, a formulação de um novo paradigma, tido como pós-positivista, não pode, em sociedades de pensamento pós-metafísico, significar um regresso ao jusnaturalismo. E, contextualizada nesse dilema filosófico e histórico, a distinção entre regras e princípios jurídicos surge como um dos principais alicerces para o embasamento filosófico do direito contemporâneo. Este trabalho tem como objetivo, portanto, investigar as principais diferenças entre regras e princípios jurídicos e os principais modelos e critérios utilizados para essa diferenciação, e também para a caracterização de ambas essas normas como deontológicas. Após, a própria dimensão deontológica dessas normas será concebida a partir das teorizações de uma ontologia que se propõe ao mesmo tempo originária e pós-metafísica. A diferença ontológica será apontada como marco teórico oportuno para uma elaboração mais densa de um novo parâmetro para a diferenciação entre essas duas espécies de normas – uma possível diferença deontológica entre regras e princípios jurídicos. A partir disso, será retomada a discussão a respeito da dupla tarefa enfrentada pelo direito contemporâneo – a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo sem o auxílio das bases jusnaturalistas que remontam a uma metafísica transcendental. Ao fim, a diferença entre regras e princípios jurídicos será elucidada como um dos elementos basilares para essa empreitada, e indicada como aspecto a possibilitar várias outras considerações proveitosas a partir de uma compreensão pós-metafísica e pós-positivista do direito contemporâneo.

Palavras-chave: regras; princípios; ontologia; deontologia; diferença ontológica.

ABSTRACT

In contemporary times, the insistence on the support of law by purely positivist standards seems to be something continually less possible and appropriate. Moreover, the making of a new legal paradigm, taken as post-positivist, cannot, in the context of postmetaphysical thinking, mean the return of natural law. Contextualized in this philosophical dilemma from a historical point of view, the distinction between legal rules and principles appears as one of the main foundations for the philosophical basis of contemporary law. This essay aims to investigate the main differences between legal rules and principles and the main criteria and models used for this differentiation, and also to describe both of these species of norms as deontological standards. Later, the very deontological dimension of these norms will be conceived from the considerations of an ontology which proposes itself as both primary and post-metaphysical. The ontological difference will be pointed out as an opportune theoretical framework for a more solid development of a new parameter for the differentiation between these two kinds of norms – a possible deontological difference between legal rules and principles. From this standpoint, the discussion concerning the double task currently faced by contemporary law will be retrieved – the overcoming of legal positivism by post-positivism without the support of natural law foundations which date back to transcendental metaphysics. Finally, the distinction between legal rules and principles will be highlighted as one of the key elements for this assignment, and indicated as a feature capable of offering many other useful considerations from the perspective of a postmetaphysical and post-positivist understanding of contemporary law.

Keywords: rules; principles; ontology; deontology; ontological difference.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. REGRAS E PRINCÍPIOS	16
1.1. A diferença entre regras e princípios na teoria de Ronald Dworkin.	19
1.2. A sofisticação da diferença e a teoria de Robert Alexy.	25
1.3. As críticas e o modelo de Marcelo Neves.	31
1.4. Regras, princípios e valores.	43
Excurso – Do valor do dever?	49
2. DE ONTOLOGIA E DEONTOLOGIA	54
2.1. Justificação teórica e metodológica do trabalho.	56
2.2. Breves descrições da reconstrução ontológica de Martin Heidegger.	61
2.3. Deontologia reconstruída?	69
Excurso – De Kant a Heidegger, e de volta a Kant –	
<i>Dasein</i> como um fim em si mesmo.	79
3. REGRAS E PRINCÍPIOS DIANTE DA DEONTOLOGIA	
JURÍDICA RECONSTRUÍDA	85
3.1. A diferença onto-deontológica entre regras e princípios jurídicos.	86
3.1.1. Regras como mandamentos jurídicos deônticos.	87
3.1.2. Princípios como mandamentos jurídicos deontológicos.	90
3.1.3. Complementaridade e tensão entre regras e princípios jurídicos.	95
3.2. O fim da metafísica jurídica transcendental?	101
3.2.1. Do princípio regrado ...	103
3.2.2. ... À regra principiológica do direito contemporâneo.	108
3.3. A deontologia jurídica reconstruída a partir e	
para além da distinção entre regras e princípios.	114
CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

INTRODUÇÃO

“Dessa forma, a reflexão decisiva de Nietzsche se desdobra da seguinte maneira: se tivermos de fixar o que propriamente deve ser e que por conseguinte precisa vir a ser, então este só pode se determinar se subsistir antes de mais nada verdade e clareza quanto ao que *é* e quanto ao que constitui o ser. De que outro modo poderia ser determinado o que deve ser?”¹

Se o que deve ser necessariamente provém a partir do que *é*, os principais fundamentos do direito contemporâneo precisam enfrentar um duplo desafio.

A superação do positivismo jurídico como paradigma não mais adequado para a compreensão das ordens jurídicas da atualidade já parece algo unânime ou fortemente dominante na filosofia do direito.

Entretanto, os principais alicerces responsáveis por moldar o pós-positivismo jurídico podem ser, em alguns aspectos, similares a conceitos e padrões jusnaturalistas há muito ultrapassados.

Um simples retorno à história recente – na qual a sustentação filosófica de ordenamentos jurídicos era pautada em critérios pretensamente lógicos, formais e racionais –, parece demonstrar que um retorno do embasamento do direito aos moldes positivistas *é*, na melhor das hipóteses, inútil, e, na pior das circunstâncias, provavelmente arriscado. Por outro lado, o ressuscitar de preceitos jusnaturalistas transcendentais parece ser algo muito custoso diante do lapso temporal e histórico necessário para a extirpação desses elementos como aptos a justificar e explicar a ordem jurídica. Além disso, um retorno do jusnaturalismo disfarçado de pós-positivismo jurídico parece não se coadunar com as exigências de sociedades pós-metafísicas.

O direito contemporâneo tem, portanto, uma árdua tarefa, a qual, há cerca de meio século, é enfrentada por teorizações crescentemente mais sofisticadas dos principais juristas e filósofos do direito da atualidade.

O presente trabalho, situado nessa dimensão histórica do problema – o advir do pós-positivismo jurídico como adequado ou não para a compreensão contemporânea do direito –, procurará investigar os principais elementos conceituais examinados e sustentados pelos filósofos pós-positivistas do direito.

¹ HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche I*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 31.

Será averiguado que um dos principais alicerces, ou talvez o principal, para a fundamentação do paradigma pós-positivista do direito concerne à dimensão principiológica como parte indissociável do âmbito jurídico. Em contraposição às relações lógicas e regradas verificadas nas concepções positivistas do direito, vários juristas e filósofos jurídicos que se opuseram a esse modelo recorreram aos princípios para a explicação acerca do que o direito é, ou melhor, do que o direito deve ser.

A partir disso, a diferença entre regras e princípios jurídicos surge como uma das discussões privilegiadas e de considerável foco nos debates hodiernos a respeito de teorizações filosóficas do direito.

O trabalho terá como principal temática, pois, a distinção entre regras e princípios jurídicos e a contextualização dessa diferença como apta ou não a prover uma concepção adequada para as exigências pós-positivistas e pós-metafísicas do direito contemporâneo.

O objetivo é o de que sejam investigados e, eventualmente, formulados critérios e parâmetros filosoficamente mais coesos para a explicação das diferenças entre essas duas espécies de normas, assim como da constatação – também por meio de bases filosóficas – dessas diferenciações como apropriadas ou não para as demais discussões atualmente travadas no domínio da filosofia jurídica.

Em virtude dessas pretensões, o trabalho remontará à filosofia ontológica de Martin Heidegger – sobretudo no que diz respeito à diferença ontológica descrita por Heidegger entre o ente e o ser, e após, entre o ser humano e todos os demais entes – para o enfrentamento das empreitadas ora expostas. A justificativa dessa escolha metodológica e filosófica do trabalho ainda será oportunamente elucidada.

Contudo, algo que pode ser adiantado é o fato de que a ontologia fundamental de Heidegger, embora pouquíssimo utilizada ou sequer levada em consideração no âmbito jurídico, pode propiciar noções exigidas pelos próprios padrões contemporâneos do direito. A exigência da formulação e do embasamento de ordens jurídicas de comunidades pós-metafísicas pode encontrar soluções, ou ao menos ideias relevantes, em uma filosofia que tem o expreso designo de chegar a conclusões importantes sem o auxílio de uma metafísica transcendental. Junto a isso, a abertura de possibilidades fornecidas pela caracterização ontológica do ser humano elaborada por Heidegger pode propiciar interessantes compreensões acerca das próprias possibilidades advindas de sociedades cada vez mais complexas e dinâmicas.

A metodologia do trabalho consiste, portanto, no contraste entre as principais teorizações da filosofia jurídica pós-positivista – especialmente no que se referem à diferença entre regras e princípios jurídicos – com o marco teórico acima descrito, isto é, as principais ideias da ontologia fundamental da filosofia de Heidegger, principalmente a diferença ontológica como ponto chave de suas teorizações.

De certa forma em razão dessas pretensões e do marco teórico optado, o trabalho será dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo, eminentemente de caráter descritivo, procurará elucidar o que são regras jurídicas, o que são princípios e, sobretudo, expor as principais diferenças entre essas duas espécies de normas. Os diversos critérios e parâmetros já apontados pela filosofia e pela dogmática jurídicas serão examinados um a um – juntamente com o auxílio de exemplos próprios formulados no capítulo – a fim de constatar quais desses critérios parecem ser os mais apropriados para a descrição de cada uma dessas espécies de normas. Ao longo do capítulo, especial ênfase será conferida à relação entre normas – sobretudo os princípios – e valores. Espera-se que sejam estabelecidas noções minimamente precisas para que tanto regras quanto princípios sejam compreendidos como normas deontológicas. O capítulo será dividido em quatro subtópicos, além de um excursus ao fim.

A primeira parte remonta à própria origem das primeiras críticas ao positivismo jurídico. As teorizações de Ronald Dworkin serão elucidadas e expostas em contraposição aos arquétipos mais sofisticados do positivismo jurídico, principalmente ao de Herbert Lionel Adolphus Hart. A partir disso, serão descritas as principais ideias de Dworkin a respeito dos princípios como elementos que integram o direito e que o remetem a alguma dimensão da moralidade.

Após, o modelo de Robert Alexy será analisado, principalmente por suas formulações metodologicamente mais sofisticadas e pela apreensão de um modelo contextualizado em outra conjuntura que não a do direito comum. A verificação dos principais aspectos de um modelo referente às diferenças entre regras e princípios no âmbito do direito romano-germânico será útil para uma acepção mais abrangente das discussões suscitadas e investigadas ao longo do trabalho.

Em seguida, a terceira parte do capítulo será destinada ao modelo de Marcelo Neves para a explicação das diferenças entre essas duas espécies de normas. O exame exaustivo realizado por Neves a respeito dos diversos critérios já apontados pela filosofia jurídica como adequados para esclarecer essa diferença servirá para elucidações mais detidas acerca das

regras e dos princípios jurídicos. Além disso, a noção de um modelo que pauta a diferença entre essas duas espécies de normas precipuamente a partir do papel que cada uma desempenha na abertura de possibilidades argumentativas será extremamente proveitoso para as considerações que ainda serão tecidas no decorrer do trabalho.

A quarta parte do capítulo pretende avaliar as problemáticas relações entre normas jurídicas e valores. A forma pela qual a dimensão axiológica é possivelmente incorporada ao âmbito deontológico das normas jurídicas é imprescindível para maiores explanações a respeito das possíveis diferenças entre regras e princípios. Nessa parte, as teorizações de Jürgen Habermas serão objeto de atenção diferenciada. A teoria discursiva e procedimental do direito propiciará a possibilidade de que haja uma possível incorporação de valores e interesses à ordem jurídica sem que seus alicerces deontológicos sejam postos em xeque.

Por fim, nesse capítulo, será formulado um excurso que tem como escopo questionar os próprios fundamentos da compreensão deontológica da teoria de Habermas. A averiguação dessa teoria como significativa ou parcialmente embasada na filosofia moral de Immanuel Kant, a qual, por seu turno, justifica-se a partir de uma metafísica transcendental, propiciará a explanação da necessidade do seguinte capítulo.

O segundo capítulo examina a possibilidade de uma deontologia ser construída, ou reconstruída, com fundamento em bases não metafísicas, ou ao menos não oriundas de uma metafísica transcendental à experiência humana. Longe de propor um modelo definitivo e acabado para essa empreitada, as formulações muitas vezes dispersas e reflexivas desse capítulo têm como objetivo apontar para os principais indícios da possibilidade de uma deontologia ser formulada a partir de uma ontologia não metafísica. Esse capítulo, por sua vez, é dividido em três partes, além de conter outro excurso.

A primeira parte se refere à própria justificação teórica e metodológica do trabalho. Espera-se que, a esse ponto, as problematizações já tenham sido suficientemente amadurecidas no sentido de se demonstrar a necessidade de que comunidades pós-metafísicas consigam justificar o âmbito deontológico do direito por meio de pressupostos igualmente pós-metafísicos. Com isso, surge a ontologia fundamental de Heidegger como filosofia ao mesmo tempo originária e oportuna para essa tarefa.

Após justificada a escolha metodológica do trabalho, as principais ideias e descrições da reconstrução operada por Heidegger na ontologia serão elucidadas. Será explicada a necessidade de enfrentamento da questão acerca do ser como aspecto do qual derivam todas as outras possibilidades humanas. A analítica existencial do ser humano surge então como

possibilidade diferenciada para o enfrentamento da questão sobre o sentido do ser. Algumas das ideias centrais da filosofia de Heidegger a respeito do ser humano serão enfatizadas nessa parte do capítulo.

Em seguida, a terceira parte tem o intento de mostrar a possibilidade de a deontologia ser igualmente reconstruída. As principais caracterizações do ser humano como único ente aberto à dimensão ontológica da realidade servirão de apoio para a deontologia como outro âmbito exclusivo e possível da existência humana. Além disso, a diferença ontológica entre o ser humano e os demais entes e, um contexto mais profundo, entre o ser e o ente, serão transplantadas para o domínio do dever ser, em que será formulada a hipótese de que há uma possível diferença deontológica, isto é, uma distinção entre o deontológico e o deôntico. E, em termos menos prolixos, uma diferenciação entre o dever ser em aberto e o dever ser simplesmente dado.

Diante dessa deontologia que não mais pretende se apoiar em bases metafísicas e transcendentais, será exposto, em um novo excursus deste trabalho, o conceito do ser humano como um fim em si mesmo justamente por conta da sua diferença ontológica em relação a todos os demais entes. A formulação do imperativo categórico de Kant será conjugada com a caracterização ontológica do ser humano descrita por Heidegger com a finalidade de propor o fundamento precípua e basilar dessa deontologia possivelmente reconstruída. Será sugerido, outrossim, que, de certa forma, já existem teorizações da filosofia jurídica contemporânea em consonância com essa ideia.

As bases já relativamente definidas a respeito dessa nova forma de se pensar a deontologia propiciarão o espaço para o terceiro e último capítulo do trabalho, dividido em três partes. Nesse capítulo, a diferença entre regras e princípios, já suficientemente analisada no primeiro capítulo, será contrastada com as principais explanações realizadas ao longo do segundo capítulo. Então, será formulada a hipótese de que há um parâmetro filosoficamente mais originário para essa distinção. Ademais, essa nova formulação da distinção entre regras e princípios jurídicos será adequada para a compreensão pós-metafísica e pós-positivista do direito.

A primeira parte do capítulo, portanto, apontará para uma diferença onto-deontológica entre regras e princípios jurídicos. Além disso, a paradoxal relação de complementaridade e tensão entre essas duas espécies de normas será explicada ante a própria caracterização ontologicamente paradoxal do ser humano.

Elucidadas as descrições filosóficas acerca de princípios e regras, bem como da diferença entre ambos, será investigada a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo diante dessa compreensão pós-metafísica dos princípios, e que se coaduna com as exigências das sociedades contemporâneas. Além disso, será conjecturada a hipótese de que, embora comumente concebidos como radicalmente opostos, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico são, em um aspecto, ontologicamente, ou melhor, onticamente semelhantes.

Por fim, a terceira e última parte do terceiro e último capítulo – após a atenção já conferida à descrição filosófica dos princípios e a contextualização histórica da sua importância para as noções pós-positivistas e pós-metafísicas do direito – remontarão às possibilidades porventura verificáveis a partir e para além dessa diferença entre regras e princípios jurídicos em um direito concebido com base nessa deontologia reconstruída.

Longe de propor apontamentos definitivos que procurem esgotar as discussões ora examinadas, as análises que serão tecidas no desenvolvimento deste trabalho pretendem somente suscitar algumas, talvez poucas, das inúmeras possibilidades referentes a essa concepção pós-metafísica e pós-positivista do direito.

E não poderia ser de outra forma. A ideia principal é a de que as possibilidades que advêm da finitude e da contingência da experiência humana são, paradoxalmente, muito mais infinitas que qualquer metafísica transcendental.

1. REGRAS E PRINCÍPIOS

A classificação das normas jurídicas em regras ou em princípios não tem implicações apenas acadêmicas, ou meramente didáticas. De certa forma, a distinção dessas normas em princípios ou regras auxilia a compreender diversas discussões controversas travadas no âmbito da separação de poderes, do controle judicial de constitucionalidade de normas, das teorias da interpretação e da argumentação jurídicas e, em uma dimensão mais densa, acerca do próprio conceito de direito.

E, embora os princípios, de uma forma geral, tenham diversas apreensões em vários ramos do conhecimento humano, em especial, nos domínios de embasamento mais filosófico, a distinção que servirá de tema para o presente trabalho está situada especificamente no contexto dos debates da filosofia do direito ocorridos a partir da década de 1960 até os tempos hodiernos.

Como bem advertido por Marcelo Neves, o estudo referente à distinção entre regras e princípios não remonta a silogismos ou sequer às teorias gerais do direito que tinham como pretensão formular, ou melhor, descobrir os princípios gerais do direito.²

O debate acerca dos princípios jurídicos ora examinado está especificamente relacionado às reações por parte de filósofos jurídicos da contemporaneidade em resposta ao positivismo jurídico. A partir da segunda metade do século XX, diversas compreensões tentaram refutar as afirmações e as conjecturas do positivismo que tinham com base na norma, principalmente na regra, a premissa a partir da qual poderiam derivar todas as demais apreensões relacionadas ao direito.

No domínio científico, ou pretensamente científico, o modelo de Hans Kelsen, que tinha por escopo suprimir do conceito científico do direito quaisquer apreensões ou ideias não concernentes à norma como objeto de estudo, acabou por se revelar, em certos aspectos, pouco útil para uma disciplina que é em si parte do conhecimento prático e aplicado. Uma norma fundamental meramente definida como pressuposto lógico, formal e científico, a despeito de sua extrema importância para alguns aspectos da ciência jurídica, não pareceu ser muito capaz de esclarecer maiores elucidações práticas acerca de como o direito deve ser.

De certa forma, as elucubrações posteriores desenvolvidas por Herbert Lionel Adolphus Hart já tinham uma certa aceção da importância da dimensão mais prática e palpável do conceito de direito. Ainda assim, o positivismo jurídico, em seu ápice, parecia

² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. xxiii-xxiv.

ignorar conteúdos quase que intrínsecos à ideia de direito que, logo, seriam ressuscitadas nos princípios jurídicos contemporâneos.

Nesse contexto, surge a teoria do filósofo jurídico estadunidense Ronald Dworkin como uma tentativa de oferecer um dos primeiros modelos do pós-positivismo jurídico. Esse modelo se pauta em uma noção de direito ligada à moralidade comunitária que deve ser expressa ou elucidada por uma ordem coesa de normas jurídicas, tanto as regras como os princípios.

No modelo de Dworkin, que será aqui analisado, começam a aparecer os primeiros delineamentos mais concretos acerca da diferença entre essas duas espécies de normas. Por essa razão, serão tecidas breves descrições a respeito de como e em quais moldes surgiu esse modelo, assim como suas principais características, principalmente no que se referem à resposta ao positivismo jurídico.

Em seguida, o modelo de Robert Alexy, por ser em alguns aspectos mais sofisticado que o de Dworkin, será tomado como ponto de referência para o começo de considerações mais pormenorizadas acerca da diferença entre regras e princípios. Nessa tarefa, serão especialmente examinadas as ideias de Alexy sobre os princípios como mandamentos a serem otimizados, a máxima da proporcionalidade, em suas três etapas – da adequação, da necessidade e da ponderação – e, por fim, a lei da colisão, todos como características da teoria de Alexy particularmente propícias para noções mais precisas sobre a diferença entre regras e princípios. Além disso, o modelo de Alexy, por estar contextualizado no ambiente do direito romano-germânico, diferentemente do modelo de Dworkin, inserido no âmbito do direito comum, servirá como referência para um panorama mais abrangente que, embora sem pretensões de uma espécie de validade descritiva universal, servirá para considerações mais bem delineadas sobre essas duas espécies de normas.

Posteriormente, o modelo do jurista brasileiro contemporâneo Marcelo Neves será objeto de singular atenção neste capítulo. As análises extremamente detalhadas e cuidadosas de Neves a respeito dos diversos critérios apontados para a possível classificação de normas jurídicas em regras ou princípios serão levadas em consideração, com exemplos próprios deste trabalho, para um entendimento mais firme sobre essa distinção.

Nessa linha, os critérios da imprecisão, tanto em sua acepção conotativa quanto no aspecto denotativo, da discricionariedade, da generalidade, da abstração, da referência a finalidades serão avaliados um a um com a utilização de exemplos para perquirir qual ou

quais desses parâmetros podem servir de auxílio na tarefa de se distinguir normas em regras ou em princípios jurídicos.

Após, as funções dessas duas espécies de normas no campo da argumentação jurídica também serão analisadas para que haja noções ainda mais precisas a respeito do auxílio de cada uma dessas espécies normas na resolução de controvérsias jurídicas. O modelo de Neves será particularmente descrito nessas pretensões.

Posteriormente, o capítulo voltará atenções para uma complicada relação verificada nos debates da filosofia jurídica e do constitucionalismo na contemporaneidade – as complexas relações entre normas, sobretudo os princípios, e valores. A referência ao debate entre o positivismo e o pós-positivismo será novamente suscitada como contexto adequado para que a classificação das normas jurídicas em regras ou em princípios não acarrete um simples retorno ao jusnaturalismo, ainda que em alicerces mais sofisticados.

Nessa parte, as análises tecidas por Dworkin, Alexy, Neves e, principalmente, por Jürgen Habermas a respeito de como ocorre ou como deve ocorrer a incorporação dos valores nas normas jurídicas, principalmente nos princípios, auxiliará a esclarecer noções mais firmes para que seja mantida a possibilidade de se classificar tanto as regras como os princípios em normas jurídicas deontológicas, sem a necessidade de recorrer a auxílios metafísicos.

Ainda assim, serão expostas indagações com o escopo proposital de colocar em xeque essa suposta categorização das regras e dos princípios como normas deontológicas.

Dessa forma e, por último, o capítulo será finalizado com um excursus em que serão tecidas reflexões sobre a diferença não entre regras e princípios, mas sim entre normas e valores, como pressuposto necessário para a própria definição das normas jurídicas como regras ou princípios. Será formulada a tentativa de se mostrar que as ideias de Habermas, tidas no próprio capítulo como as mais sofisticadas para se visualizar a relação entre regras, princípios e valores, podem ter em seus próprios pressupostos, que remontam à filosofia de Immanuel Kant, algumas acepções falhas, ou ao menos questionáveis.

Assim, ao fim do presente capítulo, serão formuladas indagações relativamente capazes de, ao menos, se questionar a classificação das normas jurídicas e, em especial, dos princípios, como categorias evidentemente deontológicas.

Para que isso não represente um abandono da empreitada inicial, seja lá em que alternativa – como a admissão explícita do conteúdo eminentemente axiológico das normas jurídicas, a concorrência dos preceitos deontológicos como um valor dentre vários outros, ou

até mesmo uma espécie de niilismo moral –, espera-se que sejam reveladas razões suficientes para se mostrar a necessidade de se repensar o que vem a ser a própria deontologia.

Estará, então, aberto o caminho para o segundo capítulo, que consistirá na tentativa de reconstruir a deontologia a partir de uma ontologia já reconstruída.

1.1. A diferença entre regras e princípios na teoria de Ronald Dworkin.

Considerável parcela das teorizações a respeito da distinção entre regras e princípios na filosofia jurídica contemporânea remonta às teorizações do filósofo jurídico estadunidense Ronald Dworkin, especificamente aquelas formuladas ao longo das décadas de 1960 a 1970 em resposta às concepções centrais do positivismo jurídico.³

A indagação precípua de Dworkin nessa investida contra o positivismo consiste em saber se os julgadores, ao se depararem com um caso concreto qualquer, sempre seguem e devem seguir regras, ou se, por vezes, essas regras são inventadas somente quando da decisão e aplicadas de forma retroativa à situação analisada.⁴

Antes, porém, de propriamente tentar responder a essa pergunta, Dworkin procura salientar os aspectos basilares do positivismo jurídico. Em síntese, três elementos são apontados.⁵

Em primeiro lugar, o positivismo jurídico afirma um modelo pelo qual uma determinada comunidade procura estabelecer a regulação da vida em sociedade por meio da positivação de regras. Com base nisso, aparece um ponto essencial do positivismo, que se refere às regras pelas quais uma comunidade reconhece a legitimidade e a possibilidade de essas regras que regulam a vida em comunidade serem implementadas. Assim, é formulada a clássica distinção do positivismo jurídico quanto às regras primárias, relativas à criação de direitos, deveres e garantias, e às regras secundárias, que disciplinam o modo pelo qual deve ocorrer a criação de regras primárias.⁶

³ As críticas de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico tiveram o ápice de sua sofisticação a partir de seu debate acadêmico pessoal com o filósofo jurídico inglês Herbert Lionel Adolphus Hart, antigo mentor de Dworkin, e um dos maiores expoentes do positivismo jurídico. Para uma compreensão mais apurada sobre a discussão entre ambos, vale conferir: SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *Michigan Law – Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Ann Arbor, Working Paper no. 77., 2007.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 4.

⁵ *Ibidem*. p. 17.

⁶ *Ibidem*. p. 19.

Junto a isso, o positivismo procura esclarecer que, na ausência de regras primárias disponíveis para a resolução de um caso levado às instituições judiciais, o julgador dispõe de uma discricionariedade para resolver a controvérsia.

Por fim, e como consequência do segundo aspecto, é sustentado que, na ausência dessas regras positivadas que elencam direitos e obrigações, é impossível defender a existência de direitos ou obrigações legais prévios à legislação. É importante destacar que esse elemento do positivismo está intrinsecamente vinculado àquele concernente à existência da discricionariedade do julgador para decidir um caso no qual não há norma aplicável.

A importância conferida pelo positivismo jurídico às regras secundárias chegou a um patamar tal que, ao se colocar o problema da própria criação dessas regras, o passo seguinte deveria ser a admissão de uma regra de reconhecimento⁷ basilar como fundamento mor e peça-chave da possibilidade de formulação de todas as demais regras, primárias e secundárias, com o fim de ordenar a vida em conjunto.

A teoria positivista do direito tem sua razão de ser. Ao se contrapor ao jusnaturalismo, em suas mais diversas vertentes, o positivismo procura expurgar da noção de direito quaisquer elementos da metafísica transcendental que pudessem contaminar a ideia do ordenamento jurídico a partir de considerações outras que não a própria possibilidade de seres humanos determinarem sua vida em conjunto a partir de suas próprias regras e, também, por meio das regras que delimitam a maneira pela qual essas regras serão estabelecidas.

Nessa mesma linha de desconfiança em relação ao jusnaturalismo, Dworkin, ao discordar das três características primordiais do positivismo jurídico, procura oferecer uma resposta direta a seus desdobramentos sem a necessidade de, ao menos a princípio, se socorrer a suportes metafísicos.⁸

A partir disso, afirma um dos aspectos centrais de suas teorizações que irá influenciar, e até mesmo moldar, todo o restante de sua teoria pós-positivista do direito – inexistência de discricionariedade judicial na resolução de casos concretos, inclusive nos casos de difícil solução.

⁷ Conclusão semelhante é alcançada, embora em um contexto inteiramente diferente, e com outros pressupostos metodológicos, por Hans Kelsen, provavelmente a figura central do positivismo jurídico, sobretudo em seu viés mais cientificizado. A regra de reconhecimento de Hans Kelsen pode ser concebida como a norma fundamental, da qual derivam todas as outras normas do ordenamento jurídico. Essas ideias são melhor expostas em: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007. Versão condensada pelo próprio autor.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. xi-xii.

Para melhor elucidar essas ideias, Dworkin primeiramente descreve três sentidos para a noção de discricionariedade.⁹

Um primeiro sentido seria a discricionariedade referente ao fato de pessoas discordarem sobre o julgamento definitivo de algo de complicada apreensão. Seria o caso, por exemplo, de se perguntar sobre qual é, dentre as cinco, seis ou sete pessoas presentes, a mais bonita dentro de uma determinada sala. Ou seja, existe discricionariedade para que alguém aponte uma ou outra pessoa como a mais bela de um local.

Além dessa, há a noção de discricionariedade como a impossibilidade de uma determinada decisão ou um ato ser reformado, pois foi tomado pela autoridade competente para a sua realização. Havendo discricionariedade para a prática de algo, não cabe a outro indivíduo, alheio a essa decisão, modificá-la.

Por último, e de certa forma como extensão da segunda ideia, existe a discricionariedade no sentido de o indivíduo realmente ter a liberdade para escolher uma dentre as várias possibilidades relacionadas a uma determinada conjuntura. Dworkin denomina esse tipo de discricionariedade como discricionariedade forte.

Contudo, para o filósofo estadunidense, quando um caso, ainda que difícil, é submetido a um julgador, não é de se esperar que, na inexistência de legislação a respeito dos deslindes dessa controvérsia, o julgador estaria livre para decidir as consequências a incidir na vida dos envolvidos na decisão da forma que lhe conviesse. De acordo com Dworkin:

“As pessoas, ao menos as pessoas que vivem fora dos textos filosóficos, invocam padrões morais principalmente em circunstâncias controversas. Ao fazê-lo, elas querem dizer não que a regra deva ser aplicada ao caso, seja lá o que isso significar, mas que a regra de fato se aplica; não que as pessoas devam ter os deveres e as responsabilidades prescritos pela regra, mas que de fato os têm.”¹⁰

Ou seja, o fato de, em uma determinada situação, não haver regras positivadas claras a serem aplicadas ao caso não impede que advogados, juízes e até mesmo pessoas leigas apelem a padrões morais ou a outros elementos para sustentar que, ainda assim, subsiste uma solução adequada para a situação. Dessa forma, nessa suposta discricionariedade que é aberta pela inexistência de legislação concernente ao caso, o julgador não deve confundir sua

⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.. p. 68-71.

¹⁰ *Ibidem*. p. 55. Esse trecho foi traduzido pelo autor do presente trabalho.

convicção pessoal, que seria amparada por essa discricionariedade, com o que há de ser perquirido, fundamento e, principalmente, decidido no caso concreto.¹¹

Mas como seria possível defender uma concepção dessas sem um retorno a padrões transcendentais da moralidade como aqueles verificados nas mais diversas vertentes do jusnaturalismo?

Para que isso não ocorra, Dworkin delineia um modelo distinto daquele afirmado pelo positivismo, aqui descrito em seus três aspectos essenciais. Afirma que, além das regras, há princípios subjacentes ao conceito de direito que irão moldar, nesses casos difíceis, e possivelmente com o auxílio das regras, a solução adequada para a controvérsia.

É de se notar, pois, que, na filosofia do direito contemporânea, a diferença entre regras e princípios – objeto de estudo e tema central deste trabalho – aparece como desdobramento dos ataques de Dworkin aos arquétipos mais sofisticados do positivismo jurídico.

A partir disso, Dworkin passa a descrever o primeiro tipo de normas existentes no ordenamento jurídico, as regras.

As regras são normas jurídicas que operam de acordo com uma lógica binária, à maneira de tudo ou nada. Ou são aplicadas ao caso, ou não o são. Assim, quando uma regra é afastada, não significa que ela foi cedida em face de outra de maior importância, ou que sua validade foi contestada, mas apenas que a regra não é aplicável à hipótese.

Para uma melhor compreensão dessa ideia, convém vislumbrar o exemplo de um recurso especial interposto sem o necessário preparo de suas custas judiciais,¹² preparo não suprido oportunamente dentro do prazo legal, e que tem como tema principal a violação de uma decisão colegiada ao não reconhecimento da prescrição¹³ para a exigibilidade de uma determinada parcela discutida na ação.

A impossibilidade do reconhecimento da prescrição nesse caso não deriva de uma importância menor da regra do art. 205 do Código Civil em face daquela do art. 511 do

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Beknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 340-341.

¹² Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil:

“Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

§ 1º São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

§ 2º A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias. “

¹³ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil:

“Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

Código de Processo Civil, mas, sim, em razão do simples fato de a primeira não ser aplicável à hipótese, já que o recurso sequer poderia ser tido como existente, uma vez que foi interposto sem o preparo das custas. Em todos os demais casos, a regra do art. 205 do Código Civil continuará a ter efeitos, o que atesta o fato de sua validade não ter sido posta em xeque em momento algum durante o afastamento dessa regra.

A regras são, por conseguinte, aplicadas pela subsunção. Verificada a correspondência da conjuntura fática de um caso à sua previsão normativa, a simples incidência da norma sem maiores adaptações é o suficiente para a resolução do caso.

Em virtude disso, Dworkin afirma que a regra deve conter, da forma mais completa possível, todas as exceções à sua própria aplicação.¹⁴

Já os princípios têm uma lógica significativamente distinta por trás de sua aplicação. Aos princípios, é conferida uma noção de peso ou importância. Por isso, quando dois princípios colidem, é possível o afastamento gradual ou relativo de um em face do peso que deve ser atribuído ao princípio colidente. O resultado disso é que ambos podem ser conjugados, moldados e, de certa forma, até modificados, para que o cumprimento dos dois seja realizado na medida mais adequada possível de acordo com a dimensão de cada um.

Assim, ao se imaginar, por exemplo, a instauração de um procedimento administrativo voltado à revisão de aposentadoria equivocadamente concedida a maior, será possível vislumbrar um procedimento em que sejam assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa¹⁵ de forma mitigada, para que haja um processo mais célere, de forma a não se colocar em risco a economia obtida com a revisão da aposentadoria por um procedimento que seria ainda mais custoso para a administração pública em comparação à situação em que nada fosse feito, ou seja, em respeito ao princípio da eficiência.¹⁶

¹⁴ É o caso, por exemplo, do art. 520 da Lei nº 5.869/1973 – Código de Processo Civil –, o qual prevê que o recurso de apelação será recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo e, logo em seguida, elenca em seus sete incisos as circunstâncias nas quais a apelação será recebida somente no efeito devolutivo.

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)”

¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)”

Dessa forma, é possível atribuir tanto aos princípios do contraditório e da ampla defesa como, também, ao princípio da eficiência, uma importância gradual e relativa para que a solução do caso seja realizada na medida mais adequada possível. A menção específica ao princípio da eficiência no exemplo auxilia a demonstrar que, para Dworkin, não se trata de procurar a solução da forma mais otimizada possível e, sim, da maneira mais coerente em relação a todos os princípios concernentes ao direito e possivelmente relacionados ao caso. Se a resolução do caso residisse na aplicação mais eficiente, bastaria afastar os princípios da ampla defesa e do contraditório para obter a solução economicamente mais vantajosa para a administração pública.

Em resumo, é possível afirmar que, para Dworkin, há uma distinção lógica e qualitativa entre regras e princípios, e que essa diferença é sobremaneira importante para formular suas críticas ao positivismo jurídico. A inexistência de regras nítidas a solucionar a hipótese é irrelevante, por conta do simples fato de haver, sempre, uma ordem coesa de princípios que irá fornecer a solução adequada para a situação.

A simples referência à distinção entre regras e princípios, porém, não parece solucionar uma quantidade considerável de dilemas advindos desse novo primeiro modelo pós-positivista. Mediante quais critérios um princípio deverá ser afastado? Em que grau exato, ou ao menos em que medida relativamente precisa isso pode ser feito? Como o julgador poderá separar suas convicções pessoais da aplicação relativa e gradual dos princípios?

A partir da crítica inicial de que o positivismo jurídico está equivocado em supor que, na ausência de regras, existiria discricionariedade judicial, para então ser sustentado que os princípios poderão fornecer o deslinde do caso, será que não há outras teorizações mais pormenorizadas acerca de *como* os princípios poderão oferecer essa solução e, sobretudo, *por que* essa atitude não seria um mero retorno ao jusnaturalismo?¹⁷

¹⁷ A solução oferecida por Dworkin a essas indagações problemáticas encontra uma parcela significativa de respostas a partir do juiz Hércules, concepção idealizada de Dworkin sobre um juiz que, de modo perfeitamente técnico e extremamente ponderado, teria a compreensão holística das regras e dos princípios de um ordenamento jurídico e sempre chegaria à solução adequada para o caso que lhe fosse submetido. Para conferir algumas dessas ideias, é oportuno ver: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 46- 130. E, também: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Bepnap Press of Harvard University Press, 1986. p. 313-399. As considerações e as críticas ao juiz Hércules concebido por Dworkin serão oportunamente apontadas em tópicos posteriores deste trabalho, especificamente no que se refere à importância de uma noção mais aperfeiçoada de regras e princípios como normas deontológicas.

1.2. A sofisticação da diferença e a teoria de Robert Alexy.

Embora pertença a uma tradição pautada na teoria da argumentação jurídica, em contraste com a hermenêutica jurídica de Dworkin, e esteja contextualizado no sistema do direito romano-germânico, significativamente diverso do modelo do direito comum no qual Dworkin elabora suas teorizações, Robert Alexy, que conseguiu aprimorar as considerações a respeito de regras e princípios, assim como da diferença entre ambos, recebeu fortes influências do filósofo jurídico estadunidense nessas empreitadas.

Na crítica ao positivismo à sua própria maneira, Alexy defende a insuficiência, ou melhor, a impertinência das teorizações jurídicas puramente científicas, que, embasadas em conjecturas lógico-formais, tiveram como objetivo focar e compreender o direito exclusivamente a partir da norma.¹⁸ Por ser uma disciplina prática, que tem por escopo responder ao que deve ser em um caso real ou hipotético, não teria sentido, para Alexy, ignorar os elementos empíricos na acepção, formulação e descrição do direito.¹⁹ Em conjunto com essa crítica, também ressalta a insuficiência, apesar de sua extrema importância, do direito legislado para uma compreensão precisa acerca dos direitos fundamentais, e logo em seguida aponta a jurisprudência como elemento de considerável relevo a ser levado em consideração nessas teorizações, juntamente com a legislação.²⁰

Ainda assim, as ideias de Alexy são bastante analíticas, providência que o próprio filósofo jurídico alemão crê ser necessária para uma formulação minimamente coesa e lógica da acepção teórica das normas jurídicas, principalmente aquelas relativas a direitos fundamentais.

Nesse viés, e diferentemente de Dworkin, que simplesmente expõe os princípios como normas abertas à dimensão da moralidade que devem assegurar a resolução de um caso concreto do modo mais adequado possível, Alexy procura investigar os mais variados critérios possíveis para a diferença entre regras e princípios, para, então, elaborar suas próprias considerações quanto à distinção entre regras e princípios e, principalmente, buscar os resultados proveitosos que a filosofia jurídica contemporânea pode obter a partir dessa diferenciação. Apenas a título ilustrativo inicial, de acordo com Alexy, os seguintes parâmetros para a diferença entre regras e princípios podem ser apontados:

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 48.

¹⁹ *Ibidem*. p. 37.

²⁰ *Ibidem*. p. 34-35.

“Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípio são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que todo preso tem direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra. Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu argumento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” –, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito justo ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmo regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.”²¹

Em atenção a todos esses possíveis critérios para a diferenciação entre regras e princípios, Alexy aponta três teses para resumir a possibilidade de realmente haver uma diferença entre essas espécies de normas.²² A primeira tese sustenta que, diante da infinita variedade intrínseca ao conceito de norma, essa distinção estaria simplesmente fadada ao fracasso. Outra tese sugere que a que a diferença não é substancial, mas cinge-se a uma questão de grau. Regras e princípios seriam normas da mesma maneira, mas apenas em gradações diferentes. Por fim, é elucidada a tese da distinção forte, que afirma existir uma diferença qualitativa entre regras e princípios, e não apenas uma diferenciação de grau.

Alexy alinha-se a essa última tese. Em relação às regras, também adere à noção de regras conjecturada por Dworkin, para sustentar igualmente que regras funcionam por meio de uma lógica binária. Ou são aplicadas, cumpridas e satisfeitas, ou não o são. Já no que diz respeito aos princípios, Alexy prossegue ao afirmar não apenas que princípios são normas cumpridas de modo gradual e relativo, como, também, que essa relatividade somente adquire maior sentido ao se atentar para os princípios como mandamentos a serem otimizados.²³

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.. p. 87-89.

²² *Ibidem*. p. 89-91.

²³ Apesar de haver inúmeras referências à denominação de princípios como mandamentos de otimização, a designação dessas normas como mandamentos a serem otimizados está, conforme admitido pelo próprio Alexy, em maior consonância com suas concepções e, principalmente, com a própria máxima da proporcionalidade. Os mandamentos de otimização seriam os juízos da adequação, necessidade e, sobretudo, da ponderação, responsáveis por otimizar as colisões entre normas na maior medida possível, ao passo que os princípios seriam os próprios elementos otimizados durante essas etapas. A explicação conceitual não tem maiores implicações práticas. Contudo, para um registro formal dessa elucidação, convém ver: VALE, André Rufino do. *A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a Distinção entre Regras, Princípios e Valores*. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 119-122.

Isto é, justamente por comportar a possibilidade de ceder uma fração de seu peso de aplicação a favor de outro princípio, essas espécies de normas somente poderiam ser concebidas como a possibilidade instituída pelo ordenamento jurídico de que essas normas sejam aplicadas da forma mais ótima ou otimizada possível, em atenção a todas as possibilidades fáticas e jurídicas subjacentes e relacionadas ao caso.²⁴ De outra forma, seria possível simplesmente dizer que a única justificativa para que um princípio não seja aplicado em sua maior magnitude a um caso está no fato de possibilitar a incidência do peso de outro princípio também aplicado gradualmente à situação.

Desde logo, é preciso ressaltar que, a despeito de sua ideia provavelmente mais célebre ter sido o delineamento metodológico e conceitual do princípio ou da máxima da proporcionalidade, mesmo nas obras de Alexy, é elucidado que o nível das regras tem primazia sobre o nível dos princípios. Os princípios somente ganham importância naqueles casos nos quais há insuficiência ou indeterminação por parte das regras com relação ao que deve ser decidido. O próprio Alexy informa que o afastamento de regras claras a uma circunstância somente pode ocorrer em situações excepcionais, em que a manutenção da regra cuja aplicação é evidente à hipótese poderia acarretar uma circunstância consideravelmente dissonante de todas as demais disposições normativas de um ordenamento jurídico.

Além disso, Alexy concorda com a ideia já presente em Dworkin de que, na colisão entre regras, uma é aplicada e a outra afastada, ambas de modo absoluto, ou melhor, segundo uma lógica de tudo ou nada. Se existe alguma possível contradição entre ambas, então deve haver uma cláusula de exceção que estabeleça como deve ocorrer o conflito entre as duas, ou ao menos uma meta-regra que determine a aplicabilidade de uma frente à outra nessas circunstâncias.

Assim, salientada a primazia, em geral, das regras sobre os princípios, Alexy, provavelmente com a precaução de não retornar a questões metafísicas ou transcendentais para explicar a formulação e o funcionamento dos princípios, acaba por conjecturar um método pretensamente capaz de lidar com a resolução de casos nos quais há a aplicação de princípios colidentes. O filósofo jurídico alemão tem como objetivo e preocupação basilar de sua teoria a tentativa da elaboração de uma dogmática jurídica apropriada para a resolução racional de dilemas provenientes dos conteúdos vagos, imprecisos e axiológicos muitas vezes

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 90-91.

presentes em normas jurídicas, principalmente nos princípios. Alexy acredita que essa tarefa pode ser empreendida de modo racional.²⁵

O método de Alexy para o delineamento de princípios colidentes pode ser designado como princípio ou máxima²⁶ da proporcionalidade, composto por três etapas, relativas aos juízos da adequação, necessidade e ponderação. A fim de se assimilar de forma mais adequada o que vem a ser a máxima da proporcionalidade e, principalmente, quais são cada uma de suas três fases, é oportuno descrever o seguinte caso hipotético.

Um indivíduo, portador do dom de criativo talento artístico, e proprietário de alguns poucos sítios eletrônicos na rede mundial de computadores, resolve divulgar no meio digital uma caricatura por ele desenhada e referente a outra pessoa. No desenho, diversas qualidades e atributos da outra pessoa são ressaltados de forma pejorativa. Dentre esses aspectos, constam elementos da caricatura que evidenciam a orientação homossexual da pessoa alvo do desenho, também sob uma perspectiva depreciativa.

Após se imaginar os trâmites processuais referentes a essa possível hipótese e, admitindo-se a inexistência de regras jurídicas expressas na legislação que solucionariam o caso de forma mais clara, o julgador provavelmente estaria diante de dois ou mais princípios divergentes. De um lado, o indivíduo criador do desenho invocaria sua liberdade de expressão artística²⁷ e, de outro, a pessoa ofendida suscitaria ofensa ao princípio de proteção à sua

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 90-91. p. 36. Não obstante essa pretensão de uma racionalidade exacerbada realmente sirva de ensejo a várias críticas formuladas a Alexy e, embora tenha havido a incorporação provavelmente precipitada de seus modelos a outros contextos significativamente diversos daquele da Alemanha, uma parte dessas críticas perde o sentido ao se atentar que o próprio Alexy construiu suas teorizações especificamente no que se referem ao contexto alemão: *Ibidem*. p. 25-29.

²⁶ A designação desse método como princípio ou máxima advém da escolha deliberada de Alexy em ora utilizar as palavras da língua alemã “*prinzip*” para se referir aos princípios jurídicos, ora “*grundsatz*” para fazer menção ao princípio da proporcionalidade. Tanto “*prinzip*” como “*grundsatz*” podem ser traduzidos como princípio. Mas a insistência de Alexy ao fato de a proporcionalidade não ser propriamente um princípio jurídico demonstra a aptidão do termo máxima para melhor designar essa expressão. Para maiores considerações: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais (Nota do Tradutor)*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 10.

²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)”

imagem, honra, intimidade e vida privada, sobretudo conjugado com o princípio da igualdade no viés de que pessoas não devem ser discriminadas por sua orientação sexual.²⁸

O primeiro teste, o da adequação, dispõe que a medida a ser implementada a partir da proporcionalidade deve atender aos fins a que almeja. Dessa forma, considerando que os princípios da proteção à imagem e da igualdade têm importância no caso, uma decisão que resolvesse tirar da rede mundial de computadores apenas um dos sítios em que a caricatura foi publicada não seria apta a resolver a controvérsia. Não seria adequada.

Além disso, a medida deve passar pelo segundo juízo, o da necessidade. Se houver outros meios menos gravosos que impliquem soluções igualmente adequadas para o caso, deve ser optada a medida menos adversa para os envolvidos. Ou seja, uma decisão que resolvesse pura e simplesmente tirar do ar toda a rede mundial de computadores seria extremamente desnecessária, eis que há a possibilidade de que apenas os sítios eletrônicos de titularidade do desenhista da caricatura fossem tirados do ar.

Como é possível perceber, os testes da adequação e da necessidade se referem às possibilidades fáticas subjacentes ao embate entre princípios.

Por fim, o teste da ponderação, terceira e última etapa da proporcionalidade, é relativo não exclusivamente às possibilidades fáticas do caso, mas, também, e principalmente, às possibilidades jurídicas na sua resolução. Assim, o julgador deve, ao sopesar os princípios da liberdade de expressão artística com o da proteção à imagem e à honra conjugado com o da igualdade, chegar à solução que conforme ambos esses princípios da forma mais otimizada possível, tendo em vista todas as circunstâncias concernentes ao caso.

Pode ser a hipótese, por exemplo, de o julgador determinar a retirada da caricatura especificamente referida a outra pessoa, mas de forma a se manter a possibilidade de caricaturas com as mesmas características ridicularizadas serem divulgadas quando não se refiram a uma pessoa em específico. O julgador pode ainda entender que somente os aspectos da caricatura denegridos e que dizem respeito à orientação sexual da pessoa sejam eliminados do desenho, de modo que a pessoa possa fazer outro desenho mantendo-se os demais aspectos

²⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)”

debochados. Outras soluções podem ainda ser pensadas, a depender das circunstâncias específicas dessa hipótese e da conjuntura na qual está contextualizada.

Pelo exemplo acima, é possível chegar à conclusão de que o resultado final da máxima da proporcionalidade é a lei da colisão, outro elemento fundamental nas teorizações de Alexy. Em síntese, essa lei afirma que, sob determinadas circunstâncias levadas em consideração durante as etapas da adequação, da necessidade e, principalmente, da ponderação, um princípio tal deve ceder em virtude de outro princípio. Mantendo-se as demais circunstâncias em outros casos, o mesmo resultado que aquele outrora aplicado a partir da colisão entre os princípios deve também incidir nas novas hipóteses circunstancialmente idênticas.²⁹

Dessa maneira, percebe-se que, ao fim de todo o processo da máxima da proporcionalidade, em cujas etapas operam apenas princípios, há uma lei aplicável ao caso com a estrutura normativa de uma regra. Pela primeira vez nas teorizações da filosofia jurídica contemporânea, parece surgir uma certa relação mais tangível de complementaridade entre princípios e regras.

Entretanto, o método da proporcionalidade, apesar de a uma primeira vista aparentar atraente, não resolve plenamente os problemas advindos da afirmação da diferença entre princípios e regras como um dos principais fundamentos para a superação do positivismo jurídico.

A admissão da resolução de embates entre princípios por meio da máxima da proporcionalidade não pode fazer ressurgir a dúvida a respeito da existência ou inexistência de discricionariedade na decisão de casos difíceis? Esse método realmente assegura uma definição racional e unívoca para a adequada formulação e utilização dos princípios ou constitui uma discricionariedade disfarçada de articulação racional? A ideia de otimização não parece estar vinculada às convicções pessoais do julgador e, portanto, sujeita à discricionariedade que lhe é atribuída para decidir o caso conforme lhe convenha?

A despeito dos aprimoramentos, a distinção entre regras e princípios ainda parece ser suscetível de maiores sofisticações.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 94-103.

1.3. As críticas e o modelo de Marcelo Neves.

Marcelo Neves, jurista brasileiro da contemporaneidade, empreende esforços consideravelmente mais pormenorizados em relação à caracterização das normas como princípios ou regras.³⁰ Para que a superação do positivismo jurídico pelas teorizações de Alexy e Dworkin não acarrete um simples retorno sofisticado ao jusnaturalismo – algo dificilmente admissível em sociedades ditas pós-metafísicas –, as avaliações tecidas por Neves a respeito das normas jurídicas merecem especial atenção.

Neves parece modificar o enfoque da diferença entre regras e princípios no que diz respeito à possível discricionariedade implicada a partir dos princípios para outro relativo ao papel argumentativo que cada uma dessas espécies de normas é capaz de fomentar no processo de resolução de controvérsias jurídicas, sobretudo nos casos emblemáticos. O aspecto mais profícuo dessa nova diferenciação entre princípios e regras parece ser a abertura de possibilidades argumentativas propiciadas pelos princípios, algo que será de importância ímpar para o presente trabalho.

Além disso, a partir das teorizações de Neves, parece surgir a original relação paradoxal de complementaridade e tensão entre princípios e regras, a qual não foi plenamente concebida pelos filósofos do direito anteriores, em especial, por Dworkin ou Alexy.³¹

Para que o conceito de princípio não seja simplesmente afirmado como a dimensão da moralidade comunitária a partir da qual subsistirá a possibilidade de resolução adequada dos casos jurídicos sem a necessidade de se recorrer a subsídios metafísicos transcendentais, ou para que os princípios não sejam expostos apenas como mandamentos a serem realizados da forma mais otimizada possível, Neves busca antes delinear melhor vários dos sentidos já atribuídos ao conceito de princípio, para, após, formulá-lo a seu próprio modo.

Retornando a embasamentos filosóficos, Neves regressa às teorias de Aristóteles para possivelmente compreender os princípios como as causas primeiras a partir da qual algo vem a existir, ou a ser conhecido. Posteriormente, nas obras de Immanuel Kant, descreve que os princípios ora são elucidados como proposições gerais que servem como premissas maiores em um silogismo, ora como princípios puramente racionais dos quais deriva a possibilidade do conhecimento puro acerca das coisas. Menciona-se, especificamente no que se refere à

³⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

³¹ *Ibidem*. p. x.

filosofia moral de Kant, o princípio objetivo como a lei moral conforme o qual o sujeito racional deve agir.³²

A despeito de serem possivelmente pertinentes em algum aspecto pontual ou em outro, o conceito de princípio a que se refere Neves não contempla uma visão unificante da qual possam emanar todas as outras possibilidades de um determinado ramo do conhecimento humano. Neves procura formular a acepção dos princípios jurídicos meramente como pontos de partida da cadeia argumentativa e que irão fornecer soluções para a resolução de hipóteses jurídicas controversas.³³

Ainda nesse sentido, Neves procura afastar suas teorizações de quaisquer considerações concernentes a uma suposta teoria geral do direito ou a teorias gerais de ramos do direito, sejam essas positivistas ou jusnaturalistas, nos quais os princípios gerais do direito desempenham a função de promover a autointegração e a heterointegração do ordenamento jurídico mediante processos hermenêuticos relativamente precisos.³⁴

O debate especificamente examinado por Neves se refere justamente à concepção filosófica acerca de regras e princípios primeiramente desenvolvida por Dworkin em reação ao positivismo jurídico e posteriormente aprimorada por Alexy por meio de teorizações mais sofisticadas, ao menos sob uma perspectiva analítica.

Dessa maneira, designadamente situado nesse debate, Neves procura abordar um a um e de forma detalhada os critérios mais utilizados para se distinguir normas em regras ou em princípios.

Como parâmetro inicial, aponta a imprecisão como fator supostamente adequado para essa distinção. Inicialmente, com certo rigor conceitual, Neves busca, curiosamente, para não haver imprecisão em seu próprio conceito, distinguir a própria noção de imprecisão em duas.

Há a imprecisão referente ao sentido denotativo dos termos, o que acaba por moldar uma vagueza do sentido semântico da palavra. Seria o caso, por exemplo, dos termos “mal injusto e grave”, referidos na previsão normativa do crime de ameaça, tipificado no art. 147 do Código Penal, que são revestidos por significações consideravelmente vagas a respeito do que vem a ser um mal grave e, principalmente, injusto.³⁵

³² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013 p. xxi-xxii.

³³ *Ibidem*. p. xxii-xiv.

³⁴ *Ibidem*. p. xxiii-xiv. Neves considera essa pretensão particularmente desnecessária por conta do fato de, no direito brasileiro, esses princípios gerais do direito estarem previstos na própria legislação, no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

³⁵ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 – Código Penal:

Por outro lado, a imprecisão de uma norma também pode se referir a seus possíveis sentidos conotativos, o que dá ensejo à ambiguidade em sua interpretação. A despeito de os termos jurídicos não serem, na maior parte das vezes, significativamente polissêmicos – o que é exigido pela própria legislação que disciplina o modo pelo qual as leis devem ser redigidas³⁶ –, até mesmo nos termos de apreensão consideravelmente unívoca pode haver interpretações ambíguas de seu sentido.

O caso, por exemplo, do art. 170, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁷ auxilia a demonstrar isso. O termo “lei” referido ao final desse dispositivo abrange as medidas provisórias como aptas a afastar a livre iniciativa na ordem econômica? Ainda que as medidas provisórias não estejam compreendidas nesse conceito de lei, a referência do texto constitucional concerne às leis ordinárias ou a quaisquer espécies de lei, de forma a incluir também, por exemplo, as leis complementares e as leis delegadas?

Pois bem. Delineados os sentidos da imprecisão denotativa e da imprecisão conotativa, Neves perquire se esse de fato é um critério adequado para se conceber a diferença entre regras e princípios.

Após alguns exemplos, Neves chega à conclusão de que a imprecisão não constitui parâmetro acertado para essa tarefa.³⁸ Para que aqui não sejam meramente reiterados os exemplos já salientados, convém elucidar outros.

O *caput* do art. 59 do Código Penal,³⁹ por exemplo, estabelece uma regra cuja maior parcela dos termos comporta sentidos relativamente imprecisos, tanto no aspecto denotativo,

“Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.”

³⁶ Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998:

“Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

(...)

II - para a obtenção de precisão:

(...)

c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;

(...)”

³⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

³⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 15-19.

bem como no conotativo. Ainda assim, parece ser claro que esse dispositivo, ao determinar que o julgador deve levar em conta uma variedade de circunstâncias na fixação da pena em concreto, constitui uma norma plenamente classificável como regra.

Já o art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,⁴⁰ no qual o princípio do livre exercício profissional está positivado, é relativamente preciso em todos os seus termos, ou ao menos mais bem delineado em comparação com a regra do art. 59, *caput*, do Código Penal.

Logo, demonstrada a inadequação do critério da imprecisão para diferenciar normas em regras ou princípios, Neves passa a refletir sobre outro parâmetro muitas vezes utilizado para essa diferenciação, o da discricionariedade.

Conforme já exposto, a noção de discricionariedade é sobretudo relevante nas considerações de Dworkin. Para esse filósofo jurídico estadunidense, as regras, por serem subsumidas a um caso ao modo tudo ou nada, não conferem maiores espaços para a sua aplicação. Já os princípios, que comportam uma dimensão de peso ou importância nessa tarefa, acabam por abrir uma certa margem de discricionariedade na aceção dessas normas, que, posteriormente, se revestem na sua própria aplicação.

Neves também refuta esse parâmetro como apropriado para a diferenciação de normas em regras e princípios, também com seus próprios exemplos.⁴¹

Na mesma linha de raciocínio, é possível mencionar a norma que atribui a competência do Congresso Nacional para autorizar ou não a saída do Presidente da República e do Vice-Presidente da República, quando essa ausência for superior a quinze dias, como uma regra que atribui certa discricionariedade na sua aplicação.⁴² Enquanto isso, a regência de

³⁹ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 – Código Penal:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

(...)”

⁴⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)”

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

(...)”

⁴¹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 20-21.

⁴² Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

princípios como o da independência nacional e o da prevalência dos direitos humanos⁴³ não dá ensejo a qualquer discricionariedade em sua possível aplicação a um caso. Ainda que haja dúvida acerca de o que esses princípios exatamente exigem em uma situação concreta, a obediência a esses princípios como normas que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil é dever a ser cumprido quando da aplicação desses princípios, não havendo discricionariedade alguma nessa tarefa.⁴⁴

Em seguida, Neves também explica de forma mais adequada a compreensão que deve haver entre os critérios da abstração e da generalidade em relação às possíveis diferenciações entre regras e princípios.⁴⁵

A generalidade de uma norma diz respeito à abrangência das pessoas possivelmente submetidas à sua incidência, ao passo que a abstração concerne à dimensão semântica dos referentes da norma, isto é, a relação entre seus termos jurídicos e o substrato fático do caso concreto ou, em um âmbito mais geral, o contexto fático de quaisquer contingências possivelmente relacionadas à norma. Ao seguir as lições do filósofo e historiador político e jurídico italiano Norberto Bobbio, Neves afirma que todas as normas jurídicas devem ser, ou melhor, são, gerais e abstratas.

Ainda que essas duas características sejam relacionadas a todas as normas de uma forma geral, é possível pensar em alguns princípios menos genéricos que certas regras. O princípio da cartularidade dos títulos de crédito, por exemplo, o qual é derivado a partir da interpretação do art. 887 do Código Civil⁴⁶ por parte da doutrina e da jurisprudência do direito empresarial, se refere apenas a relações empresariais realizadas por meio de títulos de crédito, e por isso é significativamente menos genérico que a regra do *caput* do art. 5º desse mesmo

(...)

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

(...)”

⁴³ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

(...)”

⁴⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 21-26.

⁴⁶ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil:

“Art. 887. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.”

Código,⁴⁷ que prevê que a menoridade legal cessará aos dezoito anos para todas as pessoas, exceto nos casos excepcionados pelo parágrafo único do art. 5º.

Já no que se refere à abstração, essa mesma relação pode ser verificada, ou melhor, essa mesma ausência de correspondência entre o critério apontado como apropriado para a distinção entre regras e princípios pode ser comprovada.

O princípio da individualização da pena, obtido a partir de uma interpretação conjugada dos incisos XLV e XLVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,⁴⁸ parece ser menos abstrato que o desdobramento do inciso VI desse mesmo artigo⁴⁹ como a regra que prevê ser inviolável a liberdade de crença e de consciência.

Por fim, o último fator mencionado e analisado por Neves como possivelmente hábil ou não para diferenciar normas em regras ou em princípios é o da referência a fins. Princípios seriam normas que se direcionam a certas finalidades, enquanto, nas regras, essa mesma relação não poderia ser averiguada.

Novamente, Neves se utiliza de uma série de exemplos para demonstrar a acepção errática desse critério. Como alinhamento a essas exposições exemplificativas, vale salientar o

⁴⁷ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil:

“Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

(...)”

⁴⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;”

(...)”

⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)”

art. 3º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁰ como norma que se aproxima da noção de regra ao determinar que a República Federativa do Brasil buscará a erradicação da pobreza e da marginalidade como objetivos fundamentais a serem alcançados. Enquanto isso, o princípio da igualdade, disposto no art. 5º, *caput*, desse mesmo texto constitucional,⁵¹ não parece apontar a qualquer finalidade, ou ao menos a um fim evidente, e ainda assim muito dificilmente poderia ser contestada a sua classificação como princípio.

Não somente com exemplos, mas, também, ao retomar considerações frutíferas da filosofia ocidental, Neves mostra, em termos mais substanciosos, a impertinência e a inadequação de noções teleológicas como capazes de diferenciar regras de princípios.⁵²

Para isso, expõe três modelos de orientação teleológica para a descrição dos princípios. O primeiro é o modelo aristotélico, que se orienta pelas causas finais de uma determinada ação. Ao fim, o “bem” surge e se revela como fim último de todo o processo de movimento. Ao se prosseguir da filosofia antiga para a filosofia moderna em suas vertentes mais sofisticadas, Neves elucida o modelo teleológico de Georg Friedrich Hegel, que se direciona pelo ideal da história universal mediante a realização do espírito geral. Por fim, o modelo do filósofo e sociólogo alemão Maximilian Weber, que aponta os princípios como orientação para ações racionais na realização de expectativas estabelecidas socialmente, mesmo que seja mais próximo das noções pós-metafísicas das sociedades contemporâneas, também é tido por Neves como inadequado para uma compreensão mais densa dos princípios jurídicos. Em relação a isso, Neves explica que:

“É que qualquer modelo que se dirige teleologicamente para uma situação ideal, mesmo sem ter vínculo com a tradição hegeliana, não é adequado sequer para a compreensão dos princípios constitucionais e programáticos envolvidos na Constituição. Os fins principiológicos contingentes de uma ordem constitucional, como, por exemplo, a concessão do asilo político (art. 4º, inciso X), dependem de condições ou possibilidades reais e jurídicas para que possam ser realizados, sempre

⁵⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

(...)”

⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)”

⁵² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 28-33.

dentro de limites decorrentes de sua relação com outras normas (princípios e regras) constitucionais.”

Ou seja, a referência a finalidades ideais, rechaçada por Neves, revela que as normas, isto é, as regras e os princípios jurídicos devem ter, ou melhor, têm, referência expressa às possibilidades fáticas e jurídicas subjacentes à sua formulação e aplicação, e não a idealizações metafísicas. O exposto afastamento dessas idealizações teleológicas em relação não somente aos princípios, mas também no que diz respeito a todas as normas jurídicas, parece ser fundamental para uma compreensão bem formulada do pós-positivismo.

Entretanto, mesmo ao repelir a referência a fins como apropriada para a diferença entre regras e princípios, Neves expõe o primeiro critério que parece revelar alguma precisão para essa tarefa. Enquanto as regras relacionadas a fins tendem a ser exauríveis com a sua aplicação, ou seja, tendem a ser plenamente satisfeitas ou cumpridas, os princípios, ainda que cumpridos de forma plena em uma determinada situação, tendem a ser inexauríveis. Essa ideia, além de direcionar as considerações posteriormente tecidas por Neves, é de fundamental importância para o presente trabalho, conforme será elucidado oportunamente.

Após examinar cada um desses conceitos, Neves procura analisar, em específico, os modelos de distinção de regras e princípios elaborados por Dworkin⁵³ e Alexy.⁵⁴

Por ambos esses modelos já terem sido razoavelmente descritos nos tópicos anteriores, cumpre somente expor as principais críticas de Neves a cada um dos dois.

No que se refere a Dworkin, Neves crê que a redução entre regras e princípios pela noção de discricionariedade acaba por moldar um modelo simplista que encobre o processo de sofisticação argumentativa na resolução dos dilemas da complexa conjuntura social e jurídica no qual um caso está contextualizado. As ideias de Dworkin, a despeito de serem relevantes, parecem em muitos aspectos ignorar o auxílio dos princípios nesse processo argumentativo.

⁵³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 51-63. As críticas de Neves a Dworkin talvez possam ser compreendidas com algum temperamento. Dworkin não procura necessariamente afirmar que não possa haver regras ou princípios que atribuam discricionariedade a um órgão ou a uma pessoa para optar dentre as opções disponíveis. O filósofo jurídico estadunidense quer extirpar da filosofia do direito outro sentido de discricionariedade, referente àquela na qual o julgador está livre para decidir o caso conforme sua vontade, quando não houver legislação expressa. Consoante já explanado, Dworkin procura se apegar a uma ordem coerente de princípios, cuja origem remonta a uma moralidade comunitária supostamente não metafísica, para afirmar que esse outro tipo de discricionariedade, diferente daquele exposto por Neves, não pode existir na concepção do direito. Ainda assim, a mudança de enfoque da discricionariedade, seja lá de que tipo, para outra referente à abertura de possibilidades argumentativas parece ser consideravelmente mais frutífera para a noção pós-positivista do direito. Em especial, neste trabalho, acredita-se que as considerações formuladas por Neves sejam mais oportunas que as de Dworkin para o que ainda há de ser conjecturado em relação à diferença entre regras e princípios como propícia para uma compreensão deontológica pós-positivista e pós-metafísica do direito.

⁵⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 63-88.

Além disso, vale fazer menção ao fato de Neves discordar da possibilidade defendida por Dworkin de que uma cláusula possa, de antemão, prever de forma expressa todas as exceções para sua aplicação.⁵⁵

Em relação ao modelo de Alexy, Neves discorda do princípio da proporcionalidade como parâmetro basilar para a apreensão de se, em um determinado caso, se está diante de uma regra ou de um princípio. Neves afirma que as regras também podem ser, por vezes, sopesadas entre si.⁵⁶

Ademais, outra ressalva que é feita às teorizações de Alexy se refere à máxima da proporcionalidade, mormente em sua terceira etapa, a da ponderação. Neves afirma que esse método é, muitas vezes, incapaz de agregar as múltiplas perspectivas relacionadas a um caso em que princípios colidem e as quais estão contextualizados no ambiente de sociedades cada vez mais complexas. Dessa maneira, apesar de ser possível a resolução de alguns dilemas pela proporcionalidade e, também, pelo modelo de princípios e regras formulado por Alexy, Neves sustenta que esse modelo é, por vezes, demasiado simplista.⁵⁷

Não obstante essas críticas, Neves toma como ponto de partida para seu próprio modelo de regras e princípios algumas das considerações já presentes na teoria de Alexy:

“Feitas essas restrições à principiologia de Alexy, cumpre considerar um aspecto de sua teoria que é passível de incorporação ao modelo que desenvolverei no próximo capítulo, desde que devidamente relido: os princípios, enquanto princípios, são “razões” ou critérios *prima facie*, enquanto as regras são “razões” ou critérios definitivos para que se decidam normativamente questões jurídicas.”⁵⁸

E, prossegue:

“Em suma, ao passo que os princípios, enquanto razões ou critérios *prima facie*, servem como fundamento mediato de decisões de controvérsias jurídicas, as regras, além do seu caráter *prima facie* no ponto de partida de um processo concretizador,

⁵⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 60-61.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 62-63. Em relação a essa ideia, vale conferir o julgamento, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 24 de setembro de 1990, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/DF, no qual a regra do art. 16 foi, ainda que não em virtude de um sopesamento propriamente dito, afastada por conta do peso e da importância atribuídos ao art. 14, §9º, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354/DF. Relator: Luiz Octavio Gallotti. *Diário de Justiça*, 22 de junho de 2001. O fato de o Supremo Tribunal Federal utilizar o modelo de Alexy de forma possivelmente equivocada, por óbvio, não deve ser tomado como evidência da aceção equivocada em si do modelo. Entretanto, pelas ideias que ainda serão expostas neste trabalho, será defendido que as regras podem sim ser sopesadas, apesar de não ser essa a tendência na maior parte dos casos. A referência a esse julgado consta apenas como registro exemplificativo dessa possibilidade.

⁵⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 82-83.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 84.

só desempenham sua função plena, quando, no final desse processo, transmudam-se em razão definitiva. Portanto, a diferença tem um significado funcional-estrutural na passagem da complexidade determinável (estruturável, ordenável, organizável) para a complexidade determinada (estruturada, ordenada, organizada) no interior do sistema jurídico.”⁵⁹

A partir dessas considerações, Neves chega a uma conclusão importante – a diferenciação entre regras ou princípios somente ganha, ou melhor, somente tem relevância a partir de quando surge a controvérsia acerca da norma a ser aplicada no caso concreto, aí incluídas também as hipóteses de casos de controle judicial abstrato de constitucionalidade de normas. Ou seja, apenas no âmbito da argumentação jurídica essa distinção pode ser melhor compreendida e trabalhada.⁶⁰

Essa ilação é reforçada, também, empiricamente, ao se constatar que, além das regras e princípios, existem, muitas vezes, normas híbridas, que possuem concomitantemente características das regras e também dos princípios. De novo, Neves oferece uma variedade considerável de exemplos.⁶¹

Para conceber melhor essa ideia de normas híbridas, é oportuno apontar o art. 16 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶² como regra que, por sua estreita relação com o princípio da segurança jurídica, é denominada como princípio da anterioridade da lei eleitoral.⁶³ Ou seja, é um princípio com a estrutura de uma regra. Do outro lado, há regras com aspectos principiológicos marcantes. É o caso, por exemplo, do art. 70, parágrafo único, desse mesmo texto constitucional,⁶⁴ que, ao determinar que toda pessoa responsável

⁵⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 84-85.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 95.

⁶¹ *Ibidem*. p. 104-109.

⁶² Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 14 de setembro de 1993)

⁶³ Para uma análise desse dispositivo não como princípio com caracteres de regra, mas sim como uma própria regra, confira-se: VALE, André Rufino do. A Garantia Fundamental da Anterioridade Eleitoral: Algumas Reflexões em Torno da Interpretação do Art. 16 da Constituição. *Estudos Eleitorais*. Volume 6, Número 2, maio/agosto 2011.

⁶⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998)

por dinheiro ou recurso públicos prestará contas, acaba por moldar uma noção do princípio do dever universal de prestar contas.

Junto a esses exemplos, podem ser suscitados outros, de características um pouco distintas. São as hipóteses das regras que determinam, delineiam ou direcionam, em graus diversos de precisão, o modo pelo qual outras regras devem ser interpretadas, superadas, conjugadas ou modificadas. Meta-regras dessa espécie estão previstas de maneira expressa na legislação brasileira, como, por exemplo, nas clássicas hipóteses de revogação de legislação anterior em virtude de leis posteriores, disciplinadas pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.⁶⁵

Dessa forma, a hipótese conjecturada quanto à pertinência da classificação da norma como princípio ou regra apenas quando da análise do caso concreto parece ser ainda mais reforçada ante o fato de existir algumas normas que não são plenamente definíveis nem como regras puras, tampouco como princípios nítidos.

A partir dessas considerações já significativamente avançadas, sobretudo se comparada com as distinções mais simples formuladas por Dworkin e Alexy, Neves afirma que os princípios são estruturas flexíveis e reflexivas do ordenamento jurídico que fornecem e, sobretudo, abrem o horizonte do campo argumentativo para a posterior decisão definitiva a ser implementada a partir da intermediação da regra. Essa norma, por sua vez – a regra – apóia-se no princípio e lhe atribui uma possibilidade concretizadora na definição desses casos. Mesmo que não houvesse regras positivadas, haveria regras a incidir no caso por conta do posterior deslinde em concreto acerca do que o princípio há de significar na hipótese, o que já foi de certo modo vislumbrado pela lei da colisão na teoria de Alexy. A aplicação das regras sem o princípio, porém, careceria de sentido e substrato argumentativo jurídico.⁶⁶

Observa-se, portanto, uma relação circular de complementaridade entre princípios e regras. Porém, essa relação também opera, paradoxalmente, em tensão, uma vez que os princípios propiciam um contínuo desdobramento de suas possibilidades argumentativas, ao passo que as regras, ao se depararem com essa infinitude de possibilidades, reivindicam uma

⁶⁵ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

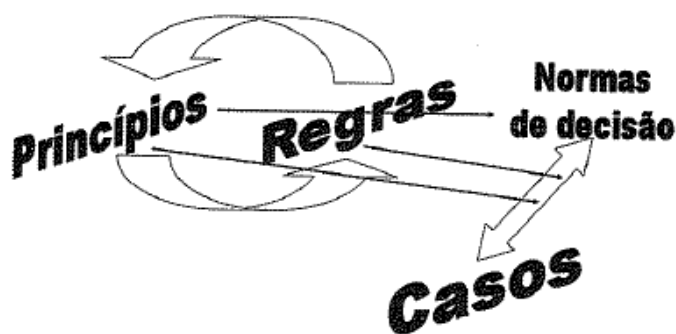
§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

⁶⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 140-141.

solução definitiva que afasta todas essas possíveis soluções abertas pelos princípios, a não ser uma.

O modelo inicial de Neves pode ser melhor ilustrado pela figura elaborada pelo próprio jurista, e exposta a seguir.⁶⁷



Em seguida, Neves destrincha ainda mais as possibilidades fornecidas por seu modelo, e descreve, em síntese, que os princípios são responsáveis por intermediar a relação entre a sociedade e conjuntura complexas, desestruturadas e caóticas, rumo a uma comunidade estruturável e organizável. O passo seguinte é realizado pelas regras, que então transformam a realidade estruturável e organizável em uma conjuntura determinada, estruturada e ordenada.⁶⁸ Pautado nisso, Neves fornece suas próprias teorizações a favor de uma principiologia adequada para sociedades complexas, ou seja, uma principiologia complexa.⁶⁹

E, em uma breve passagem, Neves deixa expor o encargo dos princípios nessa conversão da realidade desestruturada em uma conjuntura determinável:

“Os princípios constitucionais como normas no plano da observação de segunda ordem de casos a decidir e de normas de decisão apresentam, na cadeia argumentativa, uma maior capacidade de desenvolver a heterorreferência. De certa maneira, eles sempre apontam para algo que já existiria fora do ordenamento jurídico (valores, princípios morais, interesses gerais etc.).”⁷⁰

⁶⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 135.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 118-119.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 160-170.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 127. Aqui, é importante frisar que Neves, logo em seguida – em trecho que aqui foi suprimido para fins de concatenação do raciocínio a ser desenvolvido –, ressalta que essa formulação não deve levar a concepções erráticas, no sentido de se negar a autonomia da ordem jurídica como aspecto central do paradigma do estado constitucional.

Mas, se os princípios, ao mesmo tempo em que já não podem se apoiar em bases metafísicas transcendentais, apontam para algo fora do próprio ordenamento jurídico, para *o que* essas normas propriamente apontam? O que há *para além* do direito positivo e *fora* ou *antes* da metafísica na acepção pós-positivista e principiológica do direito?

1.4. Regras, princípios e valores.

Antes de se empreender qualquer tentativa na formulação minimamente segura de uma resposta à indagação feita, é preciso tecer sintéticas reflexões acerca da noção de valores, assim como da relação dos valores com as normas jurídicas, especialmente com os princípios.

Essas ponderações são necessárias em virtude de a ideia de valor possivelmente comportar apreensões metafísicas em sua acepção. Uma interpretação, por exemplo, do princípio da solidariedade contributiva previsto no art. 40 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷¹ – o qual prevê o regime próprio de previdência social dos servidores públicos – no sentido de uma solidariedade pautada em noções cristãs certamente seria esdrúxula sob a perspectiva pós-positivista do direito.

Entretanto, há casos nos quais as normas jurídicas, principalmente os princípios, se reportam a considerações outras além do texto jurídico que dificultam uma apreensão mais minuciosa a respeito do que pode e há de ser assegurado por meio da aplicação dessas normas.

Isso se torna ainda mais problemático na conjuntura das ordens constitucionais contemporâneas que, em certos dispositivos, prevêm de forma expressa em normas jurídicas os valores mais importantes de uma comunidade e, em outras, dispõem esses valores de modo mais tênue pela referência teleológica a certas finalidades.

No contexto do Brasil, essas relações controversas são evidentes. Os valores supremos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estão expressos em seu preâmbulo,⁷² ao passo que, em certas normas constitucionais, existem menções específicas a

⁷¹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)”

⁷² Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o

objetivos teleológicos com forte carga valorativa. Nesse sentido, o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pode ser tido como o exemplo mais nítido dessa menção a fins axiológicos.⁷³

Como referência inicial acerca do que significam, ou do que devam significar esses valores e esses objetivos axiológicos no constitucionalismo, é oportuno levar em consideração as exposições do jurista brasileiro André Rufino do Vale, segundo o qual:

“Assim, no constitucionalismo contemporâneo, as normas constitucionais (regras e princípios), sobretudo as que asseguram direitos fundamentais, estão singularizadas por seu elevado teor axiológico, na medida que traduzem para a linguagem normativa os valores supremos da comunidade. Não se trata de valores ontologicamente integrados a uma moral transcendental, imutável e correta, mas de valores que conformam a consciência cultural e ética de uma comunidade historicamente situada e que são incorporados ao ordenamento jurídico-constitucional com a pretensão de orientar a vida em comum.”⁷⁴

No positivismo jurídico, essa extirpação da moralidade transcendental ficava clara pelo simples teor deontológico das regras de uma comunidade, tanto as primárias como também as secundárias. De acordo com o positivismo, os indivíduos de uma sociedade simplesmente direcionam a vida em conjunto por meio das regras criadas por esses próprios indivíduos.

Por essa razão, convém começar a perquirir o sentido deontológico pós-metafísico das normas jurídicas pelas regras. Uma regra, seja de acordo com o modelo de Dworkin, Alexy, ou Neves, deve ser aplicada não por conta de uma determinada preferência, mas porque é um preceito deontológico cuja aplicação configura um dever caso a regra seja possivelmente subsumida ao contexto fático do caso. A aplicação dessa regra se torna um dever pois foi determinada pelos próprios indivíduos de uma comunidade quando da edição da regra.

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁷³ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁷⁴ VALE, André Rufino do. *A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a Distinção entre Regras, Princípios e Valores*. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 150.

Dessa forma, em virtude de sua característica deontológica, às exceções as regras devem ser, também, excepcionais. Nesse sentido, Dworkin e Alexy sustentam que essas normas devam ter, na maior completude possível, estabelecidas de maneira prévia todas as exceções para a aplicação da regra.

Os princípios, contudo, não operam da mesma maneira. Na dimensão de peso ou importância conferida a essas normas, o que garantirá que os valores não acabarão por preencher e de certa forma contaminar o atributo deontológico dessa outra espécie de normas?

De fato, tentar responder a essa pergunta pode ser uma pretensão fadada a frustrações.

Talvez por conta disso, Alexy resolve admitir as semelhanças verificáveis entre normas, ou melhor, entre princípios, e valores.⁷⁵

Embora seja formulado por meio de considerações mais elaboradas que aquelas que serão ora expostas, Alexy chega à conclusão de que há similitudes presentes entre princípios e valores. Ambos colidem e podem ser realizados de forma gradativa. A distinção principal reside apenas no fato de que, por ser deontológico, os princípios apontam para algo que é permitido, proibido ou, principalmente, devido, ao passo que os valores, axiológicos, se referem apenas a algo que é bom ou preferível.

Mesmo com essas diferenciações, existem, de acordo com Alexy, estreitas vinculações entre princípios e valores. Especificamente situado no contexto alemão, Alexy parece ser favorável à concepção, por parte do Tribunal Constitucional Federal alemão, dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores.⁷⁶

O ápice da teoria de Alexy talvez resida na tentativa da elaboração racionalmente fundamentada acerca das questões axiológicas subjacentes ao teor deontológico do ordenamento jurídico.⁷⁷ Após conjecturar de forma detalhada a máxima da proporcionalidade em seu viés teórico, Alexy conclui que a importância conferida ao princípio – possivelmente, ou melhor, provavelmente revestida por conteúdos valorativos – na máxima da proporcionalidade, sobretudo na fase da ponderação, é devidamente revestida em um dever fundamentado de forma racional por meio da devida apreensão de como essa norma colide com outro princípio contrário, em cuja aceção também residem outros valores.⁷⁸ Em síntese,

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 144-153.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 28.

⁷⁷ *Ibidem*. p. 36.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 163-176.

durante a ponderação de princípios, ocorre também um sopesamento de interesses e valores que acabam por moldar um dever no caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, o jurista brasileiro André Rufino do Vale expõe conclusões semelhantes. Afirma que, nas controversas e complicadas relações entre valores e princípios, estes protegem as cargas axiológicas incorporadas ao texto jurídico, enquanto aqueles explicam, atribuem sentido e, principalmente, justificam a própria razão de ser do conteúdo normativo e deontológico dos princípios.⁷⁹

As ideias já apenas brevemente salientadas nas teorias de Dworkin, porém, parecem apontar razões para que haja uma certa desconfiança em relação a essa concepção do elo entre valores e princípios.

Para Dworkin, não são os valores, as preferências e as menções ao que é bom que irão de fato justificar que uma decisão seja tomada em um ou em outro sentido em casos nos quais exista a ausência de legislação que preveja a solução da controvérsia de forma mais nítida. De acordo com o filósofo jurídico estadunidense, um princípio é um padrão que não se relaciona propriamente com preferências econômicas, políticas ou sociais acerca de o que é bom para a comunidade, mas sim com uma exigência da justiça ou algum outro domínio da moralidade.⁸⁰

De forma mais elaborada, Jürgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão contemporâneo da Escola de Frankfurt, oferece noções mais precisas para a importância da diferença entre o âmbito axiológico do deontológico no direito e na política e, portanto, entre as normas, aí incluídos os princípios, e os valores.

Em síntese, quatro aspectos podem ser identificados nessa distinção.⁸¹

O primeiro se refere ao fato de as normas se referirem a mandamentos obrigatórios, enquanto os valores simplesmente contemplam diretrizes para ações teleológicas, ou seja, direcionadas por uma finalidade, e não por uma obrigação.

⁷⁹ VALE, André Rufino do. *A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a Distinção entre Regras, Princípios e Valores*. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 182-186.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 22. Essas noções levam Dworkin a formular uma diferença não só entre regras e princípios, como também entre princípios e diretrizes políticas, última espécie de normas que seriam aquelas direcionadas a essas preferências políticas, econômicas ou sociais. No presente trabalho, optou-se pelo modelo de Neves como o mais adequado, ou ao menos o mais sofisticado, para o tratamento da diferença entre regras e princípios, motivo pelo qual não foram e não serão expostas maiores elucubrações acerca da descrição das diretrizes políticas. Como já salientado, no contexto brasileiro, há diversas normas com referências a fins, dentre os quais estão as finalidades econômicas e políticas, sendo isso irrelevante, ou pelo menos pouco relevante, para o modelo de Neves. Ao que se espera, essa diferença entre princípios e diretrizes políticas não terá maiores implicações para as considerações que ainda serão elaboradas neste trabalho.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 225.

Além disso, as normas, inclusive os princípios, operam de acordo com uma lógica de validade binária. Ou são válidos, ou são inválidos. O embate entre princípios e sua realização apenas parcial no caso não significa que a norma final atribuída à hipótese não seja integralmente válida, isto é, que seja implementada em consonância com essa noção binária da validade das normas. Os valores, porém, clamam e estabelecem validades relativas e graduais.

O terceiro elemento da diferença reside no fato de os princípios, provavelmente em razão dos dois aspectos anteriores, serem absolutamente vinculativos, enquanto nos valores é admitido que essa vinculação seja apenas relativa.

Por último, o quarto aspecto da diferenciação entre normas e valores é mais profundo. As normas operam, ou tentam operar, de forma que os diversos embates possivelmente verificáveis ao longo da contingência fática a ser solucionada por meio do ordenamento jurídico sejam integrados de maneira coerente e coesa. Enquanto isso, os valores podem colidir de forma que possam concorrer uns com os outros, sendo não somente desnecessária, bem como inexistente, qualquer tentativa de se articular uma associação harmônica entre esses conteúdos axiológicos.

Em síntese, a diferença basilar entre valores e normas, tanto em Habermas quanto em Dworkin, e em cada um com suas devidas adaptações, está no fato de que, nas normas, há uma dimensão da moralidade infensa a quaisquer preferências particulares e relativas. Juízos morais clamam por uma universalidade que não pode ser sobrepujado por quaisquer valores, por mais fortes que sejam as suas cargas axiológicas.

Pois bem. Mas então, como Habermas explicaria a incidência ou a possibilidade de incidência de valores quando devem ser observados esses padrões morais universais na tomada de uma decisão?

Aqui, a questão será reduzida a termos relativamente simplificados, e elucidada de maneira talvez demasiadamente breve, para que o foco seja mantido na diferença entre regras e princípios como propícia ou não para a acepção pós-positivista do direito. Em síntese, Habermas defende uma concepção procedimental do direito, na qual nem o aspecto formal da sua conjectura é o elemento essencial, tampouco o conteúdo ou a substância jurídica averiguada no ordenamento jurídico.⁸²

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 135.

A partir disso, o filósofo da Escola de Frankfurt defende um modelo procedimental que permita que todos os possíveis discursos sejam levados em consideração na formulação e, principalmente, na implementação das medidas decisórias.

Os discursos pragmáticos dizem respeito aos objetivos a serem alcançados a partir de valores e interesses relativamente consensuais. Em estreita consonância com esse discurso estão os processos de negociação e barganha que conformam e articulam preferências e interesses suscitados durante esses procedimentos.

Já os discursos ético-políticos transpõem a questão acerca de como se deve viver do âmbito individual para o coletivo, de forma que uma determinada comunidade se indague a respeito de como e de acordo com quais valores há de ser regulada a vida em conjunto.

Por fim, os discursos morais prescrevem o que deve ser observado para que o interesses de todos os indivíduos sejam levados em consideração de forma equânime. De acordo com Habermas, essas questões podem ser resumidas da seguinte forma:

“Além da questão pragmática a respeito de o que nós *podemos fazer* a respeito de programas e estratégias concretos cujos objetivos já estão delineados, a formação da vontade e da opinião políticas precisa primeiro responder a três perguntas: a questão subjacente à formação de compromissos, isto é, como nós *podemos conciliar* preferências concorrentes; a questão ética-política sobre quem nós somos e quem nós seriamente *queremos ser*, e a questão da moralidade prática acerca de como nós *devemos agir* em conformidade com princípios de justiça.”⁸³

Para uma apreensão mais clara dessas ideias, convém visualizar o esquema elaborado pelo próprio Habermas em relação a esse modelo procedimental, exposto abaixo.⁸⁴

Um modelo do processo da formação política racional da vontade.



⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 180. A tradução do trecho citado foi realizada pelo autor deste trabalho.

⁸⁴ *Ibidem*. p. 168. Os termos que constam no esquema foram devidamente traduzidos para o português.

Neves parece concordar com o modelo procedimental elaborado por Habermas, e afirma que os valores podem ser incorporados às normas jurídicas, de maneira a transformar a realidade indeterminada em complexidade determinada.⁸⁵ Contudo, essa transformação somente é possível caso a acepção valorativa desses discursos passem por testes de universalidade que levem em consideração e, principalmente, respeitem os juízos de moralidade que devem nortear esses discursos antes de sua metamorfose em discursos jurídicos.⁸⁶

Nesses aspectos, as considerações de Neves e, sobretudo, de Habermas, parecem mais ponderadas que a própria máxima da proporcionalidade. Ao expurgar a metafísica para determinar como deve ser regulada a vida em sociedade, os paradigmas positivistas e pós-metafísicos do direito somente ganham maior sentido substancial caso sejam capazes de assegurar a observância do interesse mínimo de todos os contextualizados nessa conjuntura social.

A reivindicação de valores por meio da acepção aberta das normas jurídicas, principalmente dos princípios, deve ser articulada por critérios minimamente hábeis na conformação equânime de todos os interesses envolvidos nesses processos decisórios.

Habermas parece duvidar da capacidade de uma completa conjugação de interesses e valores ser capaz de sustentar, por si só, o caráter deontológico das normas jurídicas que serão formuladas durante os processos políticos decisórios. Mesmo com ideias cada vez mais sofisticadas na contemporaneidade, noções básicas como a da igualdade, da equidade e da justiça parecem justamente os juízos mais hábeis a conformar as etapas finais dos modelos procedimentais nessa tarefa. De forma prudente, Habermas afirma que:

“A questão empirista – como um modelo de direitos pode ser explicado por meio da conformação interligada de posições de interesse e cálculos utilitaristas de agentes racionais relacionados de forma contingente entre si – sempre chamou a atenção de astutos filósofos e cientistas sociais. Mas até mesmo as ferramentas mais modernas da teoria dos jogos ainda estão devendo uma solução satisfatória. Não é por outra razão que a reação de Kant ao fracasso dessa tentativa ainda merece ser levada em consideração.”⁸⁷

Antes, portanto, de qualquer formulação mais ousada a respeito de outras relações entre normas e valores, parece ser razoável seguir o conselho de Habermas.

⁸⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 40.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 37.

⁸⁷ *ibidem*. p. 92. Esse trecho foi traduzido pelo autor deste trabalho.

Excursão – Do valor do dever?

“Assim como “verdadeiro” é um predicado para a validade de proposições de asserção, “justo” é um predicado para a validade de proposições normativas universais que expressam normas morais genéricas. Por essa razão, a justiça não é um valor dentre outros valores. Valores sempre competem com outros valores. Eles exprimem quais bens específicos certas pessoas ou coletividades se esforçam para alcançar ou preferem em determinadas circunstâncias. Apenas na perspectiva desse determinado âmbito individual ou coletivo podem ser classificados de acordo com posições em uma ordem transitiva. Assim, os valores clamam por uma validade relativa, ao passo que a justiça reivindica uma validade absoluta: preceitos morais clamam por validade em relação a toda e qualquer pessoa em particular. Normas morais, decerto, também incorporam valores ou interesses, mas apenas aqueles que são universalizáveis tendo em vista o assunto em questão. Essa pretensão de universalidade exclui uma visão teleológica dos imperativos morais, isto é, uma visão em termos da preferência relativa de certos valores ou interesses.”⁸⁸

As considerações realizadas até aqui acabaram por perder um pouco de vista a distinção entre regras e princípios e seguiram divagações parcialmente alheias ao objeto e tema de pesquisa do presente trabalho.

Contudo, essas digressões, de certa forma, são necessárias para um entendimento mais preciso a respeito da diferenciação das normas jurídicas entre regras e princípios em observância ao caráter deontológico de ambos.

Com relação às regras, esse aspecto já foi relativamente bem delineado ao se afirmar que, por conta da lógica binária quase sempre aplicada a essa espécie de normas, interesses ou valores contrários ao seu conteúdo e, principalmente, dissonantes da sua determinação mandamental, não são aptos a afastar a norma se o contexto fático no qual a regra é aplicada tenha uma relação nítida com seu enquadramento jurídico.

Já os princípios, porém – seja em virtude de sua dimensão de peso ou importância, do seu caráter de mandamento a ser otimizado, ou simplesmente por conta de sua função de extremo relevo na abertura de possibilidades argumentativas nos processos decisórios –, levam a uma incorporação, ou a uma possível incorporação mais evidente dos valores e interesses que irão eventualmente incidir na aplicação dessa outra espécie de normas.

Neves expõe de forma ao mesmo tempo simples e bem formulada que, os princípios, por terem uma relação, em comparação com as regras, mais flexível entre o antecedente fático no qual está contextualizado e o consequente jurídico a ser aplicado ao caso, possuem uma

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 153.

aptidão consideravelmente maior para a incorporação de interesses e, sobretudo, valores, quando da sua aplicação.⁸⁹

Ocorre que, consoante devidamente elucidado por Habermas, a absorção desses conteúdos axiológicos ao texto jurídico somente pode ser legitimamente procedida caso seja realizada por aspectos procedimentais capazes de fazer esses discursos serem posteriormente traduzidos por testes de validade moral que consigam transmutar esses interesses ou valores em discursos morais universalizáveis.

As cautelas de Habermas devem ser observadas. O próprio Alexy, que admite uma relação de estreita aproximação entre normas e valores, exige que, no paradigma do estado de direito, é importante haver uma diferenciação entre a norma propriamente dita e as diversas razões ou elementos que são utilizados para justificação da incidência da norma.⁹⁰

Porém, curiosamente, assim como ressaltado por Neves que a distinção entre regras e princípio somente tem relevância quando aparece a dimensão argumentativa que servirá para delinear o caso, a diferenciação, ou melhor, a exigência de que normas e valores sejam devidamente distinguidos entre si também parece ganhar maior sentido apenas quando surgem temas assaz controversos que revelam as dificuldades em se proceder, nos casos concretos, a esses testes de validade universal, primeiramente formulados por Kant.

A clássica polêmica acerca do aborto pode ser utilizada como exemplo. Uma posição contrária à sua permissão afirmaria que o preceito deontológico da preservação da vida deve ser respeitado em face de interesses utilitaristas ou de interesses por parte da mãe ou do casal que reivindicasse uma autonomia para dispor do feto. Enquanto isso, o posicionamento oposto provavelmente afirmaria que a autonomia do casal e, principalmente, da mãe, é o aspecto que deve ser observado no caso, sendo as concepções acerca de uma vida cuja viabilidade fora do útero ainda inexistente apenas um valor pautado em bases que remontam à metafísica transcendental a respeito do significado e do sentido da vida de um ser humano.

Além desse exemplo, talvez um pouco extremo em termos morais, há muitos outros. As clássicas questões de religiosidade fornecem considerações proveitosas para o que aqui se quer elucidar. A vedação à possibilidade de não se usar a burca em certas religiões islâmicas seria compreendida como um valor indevidamente imposto a mulheres, de forma que seria o preceito deontológico de sua autonomia a norma, seja moral ou jurídica, a ser aplicada na hipótese. Por outro lado, a concepção de uma imposição forçada de conteúdos e valores

⁸⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 41.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 81.

ocidentalizados disfarçados de normas universalizáveis poderia ser atentatória à liberdade religiosa como o real dever a ser assegurado nessas circunstâncias.

Ou seja, em situações extremas, não parece haver um valor subjacente ao próprio dever?⁹¹

Ademais, Habermas, ao se referir à necessidade de que as considerações da filosofia moral de Kant sejam ao menos ponderadas, pode estar a expor algo que dificilmente seria admitido pelo filósofo contemporâneo da Escola de Frankfurt – a fundamentação dos deveres pautada em concepções teleológicas.

Na filosofia de Kant, a fundamentação da moral está embasada em alicerces metafísicos transcendentais excessivamente confiantes na razão como elemento a promover a plena realização moral do ser humano, fim primordial da humanidade. De acordo com o próprio Kant:

“Apenas aquelas condições sob as quais é possível o maior uso da liberdade, de modo que esta possa coincidir consigo mesma, são os fins primordiais da humanidade. A liberdade há de coincidir com eles. O princípio de todo dever é, portanto, a coincidência do uso da liberdade com os fins primordiais da liberdade.”⁹²

Por certo, Habermas não pretende fundar sua teoria discursiva do direito a partir desse solo metafísico transcendental. Contudo, um apego excessivo às considerações de Kant pode perder de vista que a empreitada referente ao afastamento de concepções teleológicas e valorativas na fundamentação dos deveres não é tão simples, e talvez sequer seja possível.

No que se refere especificamente ao direito, à impossibilidade dessa tarefa deve se seguir um retorno ao positivismo jurídico – que novamente expurgue qualquer concepção principiológica possivelmente aberta a noções metafísicas –, ou o ressuscitar do jusnaturalismo, – como adequado para a fundamentação do direito a partir e em consonância com os fins primordiais da humanidade? Ou não seria possível uma terceira via, alternativa a essas duas?

⁹¹ Um argumento contrário a essa apreensão poderia ser sustentado no fato de que essa pouca habilidade dos seres humanos e, de uma forma geral, das sociedades em observarem o dever universalizável que realmente norteia o dilema não pode, por si só, ser justificada para atestar a inexistência desses deveres. Por um considerável período de tempo na história, a abolição era tida como contrária à concepção deontológica do direito de propriedade. Digressões maiores a respeito dessas ideias provavelmente levariam à necessidade de formulação de meta-testes de validade universalizável, ou ao próprio niilismo moral. E por isso estar em certa dissonância com o tema do presente trabalho, essas linhas de raciocínio aqui constam somente como registro a título reflexivo.

⁹² KANT, Immanuel. *Lecciones de Ética*. Tradução, para o espanhol, de Roberto Rodríguez Aramayo e Concha Roldán Panadero. Barcelona: Editorial Crítica, 1988. p. 163. O trecho mencionado foi traduzido pelo autor deste trabalho.

Talvez sim. Nesse ponto, são oportunas as reflexões do jurista alemão Klaus Günther a respeito da paradoxal relação entre a imposição dos preceitos morais absolutos e a experiência histórica que reiteradamente revela a relatividade desses imperativos morais:

“Por outro lado, no entanto, a experiência que se repete incessantemente na história, da relativização das nossas convicções morais, indica que, contra o pleito de validade de princípios morais, poderá ser usado o argumento de não termos considerados determinadas experiências. Se não quisermos que isso leve ao total abandono de pleitos morais, deverá ser possível, conforme essas experiências, mudar os nossos princípios morais. Para isso, pressupomos a possibilidade de integrar a “visão externa” – a partir da qual observamos a relatividade dos nossos juízos morais – à “visão interna” – a partir da qual tomamos as nossas decisões morais. Essa visão interna está sempre e inevitavelmente vinculada a um pleito de caráter absoluto, segundo o qual defendemos, diante de qualquer um, a nossa capacidade de provar que a nossa decisão está correta (ou, na forma de Tugendhat de se expressar, que ela é “boa”).”⁹³

Em síntese, talvez a questão possa ser reformulada em termos mais simples – alheio a qualquer valor e, principalmente, já sem o apoio da metafísica que fornecia respostas absolutas, como pode ser um dever formulado se, ao ser imposto por um determinado indivíduo a outro, a pessoa que o elabora deve antes se fazer essa mesma pergunta?

Quiçá, mais do que revelar uma impossibilidade dessa tarefa, a pergunta acima poderá fornecer a própria resposta ao dilema.

⁹³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação*. Tradução de Claudio Molz. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 204.

2. DE ONTOLOGIA E DEONTOLOGIA

O fato de os princípios jurídicos apontarem para algo além do ordenamento jurídico suscita a necessidade de uma elucidação mais pormenorizada a respeito de como ocorre a intermediação entre as normas jurídicas, em especial, entre os princípios, e as demais dimensões da realidade.

A complexa relação entre regras, princípios e valores ensejou o início de uma discussão a respeito da própria noção da norma jurídica como categoria deontológica. Os casos mais controversos – que são aqueles que exigem uma compreensão ao mesmo tempo detalhada e firme acerca dessa característica das normas jurídicas –, são justamente as situações nas quais parece haver dúvidas mais significativas sobre qual é o elemento deontológico a ser observado nessas circunstâncias.

O dilema, porém, pode residir na própria origem da fundamentação desse elemento deontológico do direito. Se o direito advém do que deve ser, e, por vezes, ou muitas vezes, há pouca clareza quanto ao que deve ser em um determinado caso, não é possível que a problemática advenha justamente do ser, única categoria prévia e originária em relação ao dever ser?

Assim, elucidada a questão nesses termos – a necessidade de uma nova significação da deontologia a partir da ontologia – aparece o problema concernente ao marco teórico e à metodologia utilizada no trabalho. O marco teórico e a parte metodológica devem ser bem expostos a fim de tentar enfrentar a tarefa de esclarecer o caráter deontológico do direito como etapa imprescindível para uma definição mais concreta a respeito de princípios e regras jurídicos, e de ambos como normas relacionadas ao dever ser.

Nessa empreitada, a ontologia fundamental do filósofo continental Martin Heidegger e, em específico, a diferença ontológica apontada por Heidegger entre o ser e o ente e, no que se refere à existência humana, entre o ser humano e todos os demais entes, será concebida como marco teórico oportuno para uma compreensão mais apurada do ser e, em seguida, do dever ser.

A justificação teórica e metodológica do trabalho somente ocorrerá neste segundo capítulo em virtude da concatenação das ideias expostas até aqui. Contudo, por conta dessa pitoresca opção pela apresentação posterior dos elementos basilares da pesquisa, será destinado um tópico em específico para descrever de forma mais detalhada as razões que levaram à formulação do trabalho nesses moldes.

Em seguida, serão tecidos breves apontamentos sobre a reconstrução ontológica formulada pela filosofia de Heidegger. A questão sobre o sentido do ser será elucidada como aspecto originário e preliminar em relação a qualquer conhecimento humano que pretenda ser pautado em sustentáculos ontológicos minimamente sólidos.

A questão a respeito do ser levará inevitavelmente, na filosofia de Heidegger, à necessidade da elaboração da analítica da existência humana como formulação necessária para o enfrentamento da questão do ser. Aqui, serão expostas sintéticas descrições relativas às principais categoriais da existência humana elaboradas por Heidegger, assim como a diferença ontológica dessas categorias em comparação com as categorias concernentes a todos os demais entes.

Após, com base nas considerações realizadas pela filosofia de Heidegger, será exposta que a deontologia, como domínio exclusivamente relacionado à experiência humana, somente pode ser conjecturada a partir de uma ontologia e, em particular, de uma ontologia minimamente atenta à questão do ser em geral. Nessa etapa, longe de se propor um modelo definitivo e revolucionário em contraposição às noções anteriores e contemporâneas acerca da deontologia, serão propostas ideias que revelem a possibilidade de a deontologia ser reformulada, a fim de que a fundamentação dos deveres ocorra de forma mais harmônica e atenta em relação à existência humana.

Em particular, será reiterada a necessidade de expurgação de bases da metafísica transcendental para a elaboração de uma deontologia a nortear e disciplinar as normas jurídicas das sociedades contemporâneas, ou pelo menos as comunidades pós-metafísica. Por meio de exemplos que consistem em ideias já averiguadas na filosofia do direito contemporânea, será apontado que, de certa forma, essa nova significação da deontologia já ocorre no pensamento de alguns filósofos e juristas da atualidade.

Por derradeiro, um novo excursus será formulado no sentido de tentar visualizar e conjecturar algumas consonâncias entre a ética de Immanuel Kant e a filosofia ontológica de Martin Heidegger, especialmente no que cada uma dessas vertentes diz acerca da singularidade do ser humano em relação às outras dimensões da realidade. O imperativo categórico de Kant será mesclado com a analítica existencial de Heidegger para tentar se expor o elemento primordial na elaboração, ou possível elaboração, de uma nova deontologia.

Espera-se, assim, ao fim, que tenham sido firmadas noções minimamente sustentáveis para a reclassificação dos princípios e regras jurídicos como normas

deontológicas, bem como para a tentativa de formulação de um critério mais denso para o apontamento da distinção entre ambos.

2.1. Justificação teórica e metodológica do trabalho.

“A compreensão só se instala no instante em que começa a brilhar em nós o que o texto não diz, mas quer dizer em tudo que nos diz. Pois a questão central do texto nos remete a uma experiência de retraimento que, de há muito, nos vinha atraindo em todos os empenhos de perguntar e desempenhos de responder. A partir de então, tudo se transforma. Já não termos de carregar o peso de uma escritura, já não estamos diante de um sistema de palavras e funções. Na gravidade do pensamento, sentidos o peso de nossa própria realização de ser no tempo. Provocados a pensar por um pensamento que também é nosso, por ser de todos, que tem algo a nos dizer de nós mesmos, somos enviados à viagem de retraimento de um horizonte que, longe de nos repelir, nos atrai e arrasta. De texto, de uma escritura, a leitura se torna viagem do sentido de ser e não ser no tempo.”⁹⁴

Preliminar a qualquer tentativa na elaboração de uma pesquisa, seja científica ou filosófica, é a necessidade de uma exposição minimamente detalhada da definição do âmbito do objeto de estudo, da situação problemática a ser investigada, da hipótese a nortear a indagação precípua da pesquisa, e da metodologia utilizada, em especial no que concerne ao marco teórico escolhido para a empreitada.

Aqui, apesar de essa opção possivelmente levar a algumas formulações precipitadas ou até mesmo equivocadas, foi escolhida a apresentação oportuna do marco teórico e dos demais elementos da pesquisa, apenas brevemente apontados na introdução, somente neste segundo capítulo do trabalho.

A despeito de não usual, essa escolha é sustentada por alguns motivos aqui considerados significativos.

O objeto do trabalho, conforme já indicado, é a distinção entre regras e princípios jurídicos. O problema subjacente à pesquisa pode ser formulado por uma numerosidade de maneiras. Em linhas sintéticas, consiste em saber se a diferença entre princípios e regras, caso realmente exista, pode ser tida como elemento adequado para sustentar a afirmação de que o pós-positivismo superou o positivismo jurídico sem significar um mero retorno ao jusnaturalismo.

Delineados os principais aspectos a serem pesquisados nesta tarefa, a hipótese inicial é a de que, por serem normas jurídicas deontológicas e, principalmente, por se referirem a um âmbito prático da vida de todos os seres humanos ordenados em comunidades reguladas por

⁹⁴ LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Posfácio*. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 556.

essas normas, enquanto a ontologia reconstruída por Martin Heidegger não for ao menos levada em consideração para uma eventual reflexão acerca da deontologia, então carecerá às normas jurídicas uma significação ontológica e deontológica mais adequada para a afirmação do pós-positivismo como corrente adequada do direito contemporâneo. De forma mais sintética, pode-se resumir a hipótese, especificamente referida neste trabalho, da seguinte forma – a diferença ontológica averiguada por Heidegger, quiçá, também existe na deontologia, de sorte que tem certas implicações em relação à diferença entre regras e princípios jurídicos.

Pois bem. Sustentadas as premissas iniciais da pesquisa, pode-se perceber que o marco teórico utilizado será o da diferença ontológica conjecturada por Martin Heidegger durante o começo do século XX. O marco teórico, por certo, não pode se referir a toda a obra de um determinado autor,⁹⁵ ainda mais quando esse pensador teve, segundo a opinião de diversos especialistas, duas ou três fases filosóficas relativamente diferentes ao longo de sua vida. Por isso, é possível dizer que o marco teórico da pesquisa não diz respeito propriamente a toda a ontologia de Heidegger, mas, apenas, ou melhor, principalmente, à diferença ontológica averiguada pelo filósofo continental alemão entre o ser e o ente e, especificamente no que interessa para essa pesquisa, entre o ser humano e todos os demais entes verificados na realidade.

Mas, ainda assim, duas perguntas devem ser respondidas – por que não apresentar de início o marco teórico escolhido e por que optar por um marco teórico tão pouco utilizado em pesquisas jurídicas, mesmo nas pesquisas jurídicas de viés mais filosófico?

Em relação à primeira indagação, talvez a resposta seja mais evidente. Descrever primeiramente os aspectos centrais da diferença entre regras e princípios jurídicos e especificamente situá-la nos debates travados na dimensão da filosofia jurídica contemporânea parece mais adequado que expor o que vem a ser um domínio tão abstrato e originário quanto a ontologia, descrever as principais radicalizações realizadas por Heidegger em um âmbito ao mesmo tempo tão abstrato e originário, para somente então começar as digressões a respeito de algo significativamente mais restrito e palpável – a discussão contemporânea a respeito de princípios e regras no domínio do direito.

Ademais, o raciocínio foi explícita e intencionalmente concatenado para que os principais aspectos problemáticos e as indagações centrais advindas da diferença entre essas duas espécies de normas fornecessem um solo minimamente adequado para se situar algumas

⁹⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica – teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 3ª edição, revista e atualizada. p. 35.

das interrogações basilares da filosofia de Heidegger que apresentam consonância com as perguntas aqui feitas.

Como averiguado, a distinção das normas jurídicas em relação aos valores somente pode ser elucidada de forma mais clara com recurso à noção do dever, ou melhor, do dever ser, como elemento deontológico a sustentar qualquer possibilidade de superação do positivismo jurídico. Contudo, as premissas de Habermas, possivelmente contaminadas pela metafísica de Kant, dão ensejo a desconfianças que devem ser ao menos ponderadas na investigação deste trabalho. Em relação a isso, é oportuno mencionar que Heidegger é um filósofo consideravelmente cauteloso em relação à razão como elemento central capaz de explicar todo e qualquer âmbito humano. A despeito de considerar importantíssima, Heidegger apresenta a razão como uma das várias dimensões dos seres humanos, os quais são norteados, por vezes, inclusive pelo irracional.

Por essas razões, e por outras, começa a advir a resposta para a segunda pergunta referente à pesquisa – por que um filósofo tão pouco utilizado e mencionado na filosofia do direito?

A tarefa precípua da ontologia de Heidegger era a de enfrentar a questão do ser. Talvez de forma mais ousada que qualquer outro filósofo anterior, procurou empreender esse desafio sem o auxílio, ou, aliás, de forma contrária a qualquer base da metafísica transcendental.

Aqui, aparece uma forte razão para ao menos se levar Heidegger em consideração. Se o direito e, de uma forma geral, as sociedades hodiernas procuram ser pós-metafísicas, não será o auxílio de um filósofo que dedicou considerável parte de sua filosofia à superação da metafísica transcendental ao menos válido?

Com relação à filosofia de Heidegger, essa ajuda parece ainda mais oportuna. Consoante será oportunamente explicado, o filósofo considerava que qualquer interrogação sobre o ser haveria de remeter esse problema justamente àquele único ente capaz de indagar acerca do ser, o ser humano.

O direito, por óbvio, disciplina a vida em sociedade a partir, para, em virtude e nos limites do ser humano. A detalhada analítica existencial do ser humano elaborada por Heidegger pode fornecer proveitosas contribuições para uma regulação mais adequada e, por que não, mais humana da vida em sociedade.

Aliás, o direito contemporâneo, ao se contrapor ao antigo paradigma regrado do pós-positivismo, parece se apoiar em conceitos cada vez mais abstratos e vagos para a sua auto-

justificação. A dignidade da pessoa humana, a máxima da proporcionalidade, a supremacia da constituição e, também, a própria noção de princípio jurídico em suas acepções irrefletidas podem ser tidas como alguns exemplos.

Seja de que perspectiva for, a filosofia de Heidegger poderá auxiliar. Caso for em relação à apreensão pouco tangível desses conceitos, a analítica existencial fornecerá auxílios e exemplos que demonstrarão, no mínimo, uma compreensão mais tangível desses conceitos. Mas, se a necessidade se impuser em virtude de uma significação mais profunda dos próprios conceitos, a questão do ser minuciosamente examinada e refletida por Heidegger também servirá para uma caracterização ontológica mais sofisticada dessas noções.

Além disso, há outro motivo importante para a escolha desse marco teórico na empreitada ainda a ser enfrentada.

Heidegger, ao contrário de outros filósofos, não considerava suas reflexões propriamente uma doutrina, mas, sim, uma preparação para algo maior.⁹⁶ Especificamente no que se refere à ontologia formulada pelo filósofo, *Dasein*,⁹⁷ termo primordial para sua filosofia, parece consubstanciar mais uma indicação formal e infinitamente aberta de experiências humanas que um rigoroso conceito a ser seguido.

Ou seja, a abertura de possibilidades propiciadas pela filosofia de Heidegger pode estar em alguma consonância com a abertura de possibilidades propiciadas pelos princípios, sobretudo no modelo já analisado de Marcelo Neves, tido como o mais sofisticado para o tratamento da distinção entre regras e princípios jurídicos.

De forma muito indireta, Heidegger já está impregnado na filosofia do direito. Apesar de, atualmente, sua ontologia não ser plenamente examinada de modo incessante sequer no domínio da filosofia, Heidegger inspirou de forma significativa diversos outros pensadores que acabaram por influenciar também a filosofia do direito contemporânea.

Como exemplo, vale fazer menção ao existencialismo de Jean-Paul Sartre, cuja origem e embasamento residem principalmente nas apreensões filosóficas de Heidegger.

No que diz respeito especificamente aos pensadores relacionados à filosofia do direito, a desconstrução de Jacques Derrida tem nítidas influências por parte de Heidegger. O mesmo pode ser apontado em relação à hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer que

⁹⁶ SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante. *A perplexidade da presença (Prefácio)*. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 24-25.

⁹⁷ “*Dasein*” é uma palavra em alemão de difícil tradução para o português, que poderia ser apreendida, ainda que de forma parcialmente errônea, como existência humana. O termo é trabalhado por Heidegger ao seu próprio modo, e acaba por ser um conceito central de sua filosofia ontológica. A descrição desse conceito e a opção pelo termo que o traduzirá para o português ainda serão oportunamente delineados e explicados em momento próprio.

serve de embasamento para a hermenêutica jurídica contemporânea. Heidegger também inspirou de maneira nítida o para o pensamento pragmatista do filósofo estadunidense Richard Rorty, um dos pilares para qualquer vertente jurídica dita pragmatista na atualidade. Outros exemplos, ainda que menos evidentes, também poderiam ser mencionados.

Entretanto, como já apontado, não parece haver literatura que tente expor de forma direta e evidente a possibilidade de o pensamento de Martin Heidegger auxiliar nos dilemas da filosofia jurídica contemporânea.

E, nesse sentido, a pesquisa científica, ou filosófica, é, em grande medida, a busca por respostas a indagações cujas soluções não são de imediato apreensíveis por meio da simples leitura do material já disponível no meio acadêmico sobre o tema.⁹⁸

Por fim, vale antecipar um raciocínio que ainda será devidamente apresentado ao longo do trabalho. O positivismo jurídico, ao tentar conceber o ordenamento jurídico por meio da totalidade das normas pertinentes ao direito, acabou por cometer um equívoco fatal na concepção de Heidegger – a tentativa de articulação e compreensão do ente em sua totalidade –, no caso, os aspectos normativos do direito, não fornecem e, na verdade, encobrem o aspecto ontológico primordial referente à questão, isto é, o próprio ser.

Na filosofia jurídica contemporânea, não parece haver a tentativa de articulações cada vez mais sofisticadas – que aqui poderiam ser mencionadas como a pretensão de uma apresentação definitiva do conceito de princípio jurídico – como supostamente hábeis a concretizar a superação do positivismo jurídico? Ocorre que, muitas vezes, o regresso ao embasamento dessas formulações acaba por desvelar conceitos significativamente imprecisos, vagos e, de certa maneira, até vazios, como o da dignidade humana e o da razoabilidade.

Justamente por isso, a filosofia de Heidegger merece atenção. Nas palavras do próprio filósofo:

“A tradição desarraiga de tal modo a historicidade da presença que ela acaba se movendo apenas no interesse pela multiplicidade e complexidade dos possíveis tipos, correntes, pontos de vista da filosofia, no interior de culturas mais distantes e estranhas. Com esse interesse, ela procura encobrir seu próprio desarraigamento e ausência de solidez. A consequência é que, com todo seu interesse pelos fatos historiográficos e em toda a sua avidez por uma interpretação filologicamente “objetiva”, a presença já não é capaz de compreender as condições mais elementares que possibilitam um retorno positivo ao passado, no sentido de sua apropriação produtiva.”⁹⁹

⁹⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica – teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 3ª edição, revista e atualizada. p. 6.

⁹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 59-60. A palavra “presença” que consta no trecho se refere ao conceito de *Dasein* elaborado por

Essa apropriação produtiva do ser humano, em relação a uma noção onto e deontologicamente mais sofisticada das regras e dos princípios, deve ao menos ser tentada.

Para isso, é preciso voltar às condições mais elementares de suas possibilidades.

2.2. Breves descrições da reconstrução ontológica de Martin Heidegger.

Heidegger considerava a questão acerca do sentido do ser a questão primordial da filosofia. De forma indireta, considerava também que um esclarecimento mais minucioso a respeito do ser era imprescindível a qualquer domínio do conhecimento humano que pretendesse ter bases ontológicas minimamente sólidas.

Em termos mais leigos, a questão do sentido do ser pode ser descrita, ou melhor, concebida, por interrogações tais como – por que existe algo, ao invés de simplesmente existir o nada? Ou, ainda –, por que a realidade é do jeito que é? Essas indagações acabam por se desdobrar em outros, como – a acepção humana é capaz de compreender a realidade em sua plenitude? Existe algum fundamento único e primordial do qual derivam todos os outros aspectos da realidade?

O filósofo continental alemão, contudo, procurou expor e delinear a questão sobre o sentido do ser mediante descrições formuladas por conceitos mais precisos. Heidegger, então, antecipa que a temporalidade é o horizonte por meio do qual é possível toda e qualquer compreensão ou tentativa de compreensão acerca da questão do ser.¹⁰⁰

A partir dessa indicação, Heidegger então procura iniciar sua empreitada – enfrentar a questão sobre o sentido do ser.

O filósofo afirma que o ser é o conceito mais universal de todos e, ao mesmo tempo, o mais vazio. O ser determina todos os entes enquanto entes, ao passo que não é, em si, ente algum. Além disso, o ser não é especificamente um gênero maior do qual advêm todos os entes. A universalidade do ser é transcendente em relação a qualquer universalidade genérica.¹⁰¹ Assim, Heidegger considerava a necessidade de sua acepção ser pautada em bases ainda mais originárias.

Heidegger. Para uma possibilidade mínima da apreensão desse conceito, convém, por ora, entendê-lo como sinônimo de ser humano, ainda que isso não seja exatamente o que Heidegger pretende designar com o termo.

¹⁰⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 34.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 37-38.

De forma ainda prematura, é possível dizer que é nesse aspecto da filosofia de Heidegger que parece surgir a diferença ontológica a partir da qual o filósofo erige considerável parcela de suas teorizações. Há uma diferença abissal não de grau e, talvez, sequer de conteúdo, entre o ser e todos os entes, ou seja, entre o ser e todas as demais coisas. A essa diferença somente pode ser conferida, portanto, a denominação de diferença ontológica.

Junto a isso, há outra questão que sempre preocupou a filosofia relacionada à ontologia – o ser é indefinível. Ao se tentar definir o ser por meio da simples oração – o ser é... –, o próprio conceito do ser já é referido na definição, especificamente na palavra *é*, antes que sequer seja possível começar a descrevê-lo. A mera possibilidade de um exame mais apurado acerca do conceito do ser escapa na tentativa de sua definição mais primária.¹⁰²

Assim, a primeira alternativa a essa impossibilidade parece ser a pressuposição de que o conceito de ser *é*, por si, evidente. Apesar de não ser possível defini-lo, qualquer referência ao ser, principalmente por meio da palavra *é*, faz denotar aquilo que se quer expressar de forma plena, ou pelo menos de modo suficiente, sem a necessidade de maiores reflexões filosóficas que remontem à questão do sentido do ser.

Heidegger, então, passa a elucidar que, talvez por isso, a filosofia, principalmente a filosofia posterior à ontologia grega da antiguidade, passou a considerar dispensável uma digressão mais pormenorizada sobre o sentido do ser.

De modo filosoficamente revolucionário, Heidegger afirma que a característica da indefinibilidade do ser não exime a filosofia de buscar a questão de seu sentido. Ao contrário – justamente por isso, é imprescindível que sejam formulados esclarecimentos mais tangíveis a respeito dessa questão.

Mas, então, como seria possível ponderar sobre a questão do ser sem o auxílio de sua definição e, principalmente, na ausência da indicação prévia de qualquer parâmetro a delinear a empreitada, ou ao menos as etapas iniciais sobre a busca pelo sentido do ser?

A partir disso, Heidegger esclarece que a questão do ser deve ser iniciada a partir da análise do único ente que tem a capacidade de questionar e refletir sobre o ser. Esse ente, por óbvio, é o ser humano. Em virtude disso, o filósofo afirma que a questão sobre o sentido do ser deve ser concatenada pela descrição prévia desse ente, o ser humano, no que diz respeito à questão do ser, ou melhor, no que se refere ao seu ser.¹⁰³

¹⁰² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 39.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 42.

É designada como “*Dasein*” – ser humano¹⁰⁴ – a elaboração preliminar e formal desse ente, em suas mais diversas acepções, a qual possui, em sua estrutura, dentre todas as outras possibilidades humanas, a aptidão para se abrir ao ser e inclusive questioná-lo.

O ser humano, portanto, é um ente no qual está em discussão o seu próprio ser.¹⁰⁵ De forma mais tangível, o ser humano é um ente que só é quando não é e é quando não é o seu ser. Ou seja, na compreensão acerca de o que o ser humano, ou um determinado ser humano é, são referidas designações de outros entes – professor, brasileiro, alto, esposo – que não correspondem ao próprio ser deste ser humano e de qualquer ser humano em geral. No entanto, o ser humano, justamente em virtude dessa ausência de correlação ontológica no que tange ao seu ser, só é quando é um ente que não lhe pertence, ou ao menos que não lhe corresponde de forma plena. Heidegger, de maneira criativa, indica, ao seu próprio modo, a existência como a intermediação do ser humano com o ser, ou melhor, com o seu ser.

Nos demais entes – os quais Heidegger concebe como simplesmente dados –, há uma consonância absoluta entre o ente e o ser do ente. Um copo somente pode ser um copo. Da mesma maneira, uma estrela é uma estrela. Até mesmo nos entes caracterizados por uma complexidade significativa, ou inclusive em uma divindade, a relação ontológica entre o ente e o ser do ente é integral.

Mesmo nos símios de capacidades intelectuais mais sofisticadas, que, biologicamente, se aproximam de forma considerável aos seres humanos, persiste a diferença ontológica abissal entre ambos como aspecto originário que realmente revela, ou pelo menos indica, a singularidade do ser humano em relação ao ser.

Pois bem. De certa forma pautado nessas considerações, Heidegger elenca os três primados – ôntico, ontológico e ôntico-ontológico – do ser humano.

O primado ôntico afirma que o ser humano é um ente que é determinado e delineado pela intermediação de seu ser com o ser, ou seja, é um ente determinado pela existência.

¹⁰⁴ Heidegger dedica considerável parte de sua obra na qual está em discussão o ser a formulação precisa e elaborada do termo “*Dasein*”. Por isso, é necessário explicar que simplesmente traduzir “*Dasein*” para “ser humano” está técnica e conceitualmente equivocado. O termo “*Dasein*”, na verdade, parece estar em maior consonância com “ser-af”, como termo apto a expor a indicação formal do ser humano como ente temporalmente finito e ao mesmo tempo norteado por infinitas possibilidades. Entretanto, no presente trabalho, para fins de simplificação, as considerações de Heidegger acerca de “*Dasein*” serão tidas pela utilização, por vezes tecnicamente equivocada, da expressão “ser humano”. Na obra cujos trechos serão oportunamente citados, a tradutora optou por traduzir “*Dasein*” pela palavra “presença”. Para maiores elucidacões acerca do conceito de *Dasein*, vale conferir: SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante. *A perplexidade da presença (Prefácio)*. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. E, também: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo (Notas Explicativas)*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 561-562.

¹⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 48.

Já o ontológico surge, de certa maneira, como derivação do primado ôntico. Por ser determinado pela existência, ou seja, pela relação do seu ser com o ser, o ser humano é, em si mesmo, ontológico.

Ao se conjugar os dois primados, aparece o terceiro primado, ôntico-ontológico, que descreve o ser humano como um ente aberto à possibilidade de todas as ontologias, isto é, à acepção de todos os entes no tocante aos seus seres.

Talvez esses primados possam ser reiterados e, principalmente, descritos de forma mais adequada de acordo com as explanações do próprio Heidegger:

“Em consequência, a presença possui um primado múltiplo face a todos os outros entes. O primeiro é um primado ôntico: a presença é um ente determinado em seu ser pela existência. O segundo é um primado ontológico: com base em sua determinação de existência, a presença é em si mesma “ontológica”. Pertence à presença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutiva da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da presença. A presença tem, por conseguinte, um terceiro primado, que é a condição ôntica-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Desse modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.”¹⁰⁶

Conforme é possível de ser depreendido pelas elucubrações apontadas, Heidegger procura separar a dimensão dos entes simplesmente dados, isto é – o âmbito ôntico – do domínio do próprio ser – o âmbito ontológico. Por ser o único ente aberto ao ser, o ser humano é o único ente ontológico. É a partir dessa diferença ontológica, portanto, que parecem decorrer os três primados dos seres humanos em relação a todos os outros entes.

Delineados os primados do ser humano, como seria possível então realmente iniciar o enfrentamento da questão do sentido do ser em geral?

Heidegger procura expurgar de seu pensamento quaisquer considerações ou fundamentos advindos e concernentes a uma metafísica transcendental. Em virtude disso, concebe o método fenomenológico como o mais adequado para a descrição e compreensão do ser humano em suas mais diversas possibilidades rumo à apreensão do sentido do ser em geral.¹⁰⁷

A fenomenologia de Heidegger tem suas próprias adaptações em relação às correntes anteriores da fenomenologia na filosofia. Para o que importa em relação às sintéticas descrições ora expostas, convém apenas ressaltar que Heidegger não concebia a fenomenologia como uma doutrina filosófica a ser seguida, mas sim como um conceito de

¹⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 49.

¹⁰⁷ *Ibidem*. p. 65-79.

método apto a revelar as coisas enquanto tais.¹⁰⁸ Por meio dos fenômenos, Heidegger vislumbrava a possibilidade, quando da ocorrência desses fenômenos, da acepção da manifestação do ser, bem como do seu refúgio, sobretudo nas oportunidades em que esses fenômenos ocorrem com relação aos seres humanos.

Aliás, segundo Heidegger, uma ontologia somente poderia ser erigida por meio da fenomenologia. O filósofo considerava absurdo supor que o ser dos entes, inclusive dos seres humanos, pudesse ser um elemento alheio a esses entes e que nunca se manifestasse de alguma maneira.¹⁰⁹ Oportuno ressaltar que essas noções parecem estar em considerável harmonia com a tentativa de se conjecturar formulações pós-metafísicas, seja na filosofia ou nos demais domínios do conhecimento contemporâneo.

Nesse viés, Heidegger procura examinar e investigar os fenômenos subjacentes à existência humana e, então, começa a elaborar as categorias mais primordiais na qual o ser humano existe.

Na verdade, o filósofo alemão considera inadequado denominar essas formulações de categorias, eis que essas se referem aos seres simplesmente dados.¹¹⁰ Por essa razão, Heidegger indica como existenciais¹¹¹ essas categorias relacionadas às dimensões da existência humana e nas quais aparece, ocorre e se manifesta a infinitude de possibilidades relacionadas à finitude da experiência humana. Já os existenciários são as categorias da experiência humana que se relacionam com a dimensão ôntica da realidade.

Tendo em vistas essas explanações, Heidegger começa a formular sua analítica existencial, que será aqui apenas sinteticamente elucidada.

O primeiro existencial que o filósofo procura formular é o modo do ser humano de ser-no-mundo.¹¹² O ser humano não está no mundo como os demais entes estão. Ser-no-mundo não se refere a uma apreensão geométrica do ser humano em relação à espacialidade do mundo ou dos ambientes nos quais se encontra. O ser humano não está dentro do mundo assim como uma planta está dentro de um vaso.

¹⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 66.

¹⁰⁹ *Ibidem*. p. 75.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 88-89.

¹¹¹ Há traduções que optam por denominar a categoria ontológica da existência humana de forma contrária, ou seja, ao se referir às categorias ontológicas da existência como existenciários e as categorias ônticas como existenciais. Aqui, optou-se por seguir a tradução constante em: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

¹¹² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 98-109.

A espacialidade do ser humano é algo mais próprio. Esse é o ente que, enquanto está no mundo, somente o está no modo de habitar-se, acostumar-se e, principalmente, familiarizar-se no mundo. A cadeira, por exemplo, não toca a parede do mesmo modo que o ser humano toca a parede.¹¹³ Não se trata de uma concepção sensorial dessas ideias, ou sequer de uma subjetivação exacerbada da relação do ser humano com certos objetos que são apreensíveis, mas sim de uma diferença radical entre a espacialidade do ser humano e a dos demais entes em cuja distinção reside a própria diferença ontológica.

Ou seja, ao que parece, há certas dimensões da realidade que somente são concernentes e relacionadas aos seres humanos. O existencial ser-no-mundo começa a apontar as diferenças e exclusividades desse ente, e as quais foram significativamente ignoradas pela filosofia anterior a Heidegger.

O filósofo continental alemão oferece criativos exemplos acerca dessa noção do ser-no-mundo. Fornece o exemplo da ferramenta que, ao não funcionar, revela-se ao ser humano como ser simplesmente dado cuja verdadeira constituição primordial somente pode ter maiores sentidos quando referida a um ser humano.¹¹⁴ Ao descrever o imaginativo cenário no qual um ser humano caminha ao longo de uma estrada, o filósofo consegue expor de maneira mais palpável a especialidade própria do ser humano:

“Ao caminhar, toca-se a estrada a cada passo e, assim, aparentemente, ela é o mais próximo e o mais real dos manuais, insinuando-se, por assim dizer, em determinadas partes do corpo, ao longo da sola dos pés. E, no entanto, ela está mais distante do que o conhecido que vem ao encontro “pela estrada” a um “distanciamento” de vinte passos.”¹¹⁵

Conforme já advertido, esse apontamento à espacialidade da estrada não é uma percepção sensorial momentânea ou uma deturpação da realidade geométrica, e sim um indício da acepção ontológica própria da espacialidade por parte do ser humano. Pautado nessas compreensões, Heidegger chega inclusive a afirmar que a compreensão constitui apenas, ou melhor, um importante modo derivado de ser-no-mundo.¹¹⁶ Com isso, procura radicalizar as considerações realizadas pelas filosofias epistemológicas, sobretudo em relação ao binômio sujeito-objeto.

¹¹³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.. p. 101-102.

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 121-122.

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 161.

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 106-109.

Após conjecturar de modo pormenorizado a “mundanidade” do mundo a partir da especialidade própria do ser humano, Heidegger descreve o ser-no-mundo como ser-com e ser-em.

O existencial ser-com se refere ao fato de o ser humano estar sempre, isto é, ontologicamente, relacionado com outros entes. O ser humano pode se relacionar com outro ente simplesmente dado ou com outro ser humano. Ainda nos casos de absoluta solitude, a ausência do outro ser humano ou de outro ente simplesmente dado apenas é possível de ser concebida justamente por causa da constituição ontológica do ser humano como ser-com. Em relação a isso, Heidegger afirma que:

“O ser-com determina existencialmente a presença, mesmo quando um outro não é, de fato, dado ou percebido. Mesmo o estar-só da presença é ser-com no mundo. Somente num ser-com e para um ser-com é que o outro pode faltar. O estar-só é um modo deficiente de ser-com, e sua possibilidade é a prova disso.”¹¹⁷

Especificamente no que diz respeito ao ser-com como modo derivado do ser-em, Heidegger procura reiterar as características ontológicas – e, por isso, abertas e formais – do ser humano. No que pode ser apreendido de modo proveitoso para o trabalho, Heidegger esclarece o ser humano como sendo sempre pessoal, ou aliás, singular.

A indicação formal das possibilidades humanas, ainda que inexaurível, é sempre referida a uma determinada pessoa em particular. Assim, de forma análoga à comparação já realizada entre um símio e o ser humano, dois seres humanos gêmeos univitelinos, ainda que geneticamente quase idênticos, seriam ontologicamente diversos em suas possibilidades mais próprias. De forma mais simples – apesar de biologicamente próximos do idêntico, são ontologicamente singulares um em relação ao outro. É por isso que a ontologia parece ser mais adequada que a própria biologia na descrição dos projetos de vida, ou mesmo de atitudes e características pessoais inteiramente distintas em pessoas geneticamente semelhantes.

E, posteriormente à descrição do ser humano como ser-em, ser-com e ser-no-mundo, Heidegger chega à particular conclusão da totalidade originária da estrutura ontológica do ser humano – a cura.¹¹⁸ De acordo com Heidegger, a cura pode ser concebida nos termos a seguir:

¹¹⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 177.

¹¹⁸ Esse termo não deve ser compreendido em sentido terapêutico. A cura é algo radicalmente distinto – é a constituição da totalidade dos modos de ser do ser humano que aponta para uma ideia de contínua realização de projetos e ações inseridos no âmbito da facticidade da experiência humana, inserida no “já ser” do próprio ser humano. É, em termos mais simples, a constatação temporal e ontológica de que o ser humano já existe enquanto tenta ser.

“A totalidade existencial de toda a estrutura ontológica da presença deve ser, pois, apreendida formalmente na seguinte estrutura: o ser da presença diz atenceder-a-si-mesma-no-já-ser-em-(no mundo)-como-ser-junto-a (os entes que vêm ao encontro dentro do mundo). Esse ser preenche o significado do termo *cura*, aqui utilizado do ponto de vista puramente ontológico-existencial. Fica excluída dessa significação toda tendência ôntica como cuidado ou descuido.”¹¹⁹

Ou seja, o ser humano, ao assumir um projeto de existência em que tem de ser um ser que não lhe pertence, acaba por “curar-se” do mundo ao tentar anteceder suas possibilidades no já ser-no-mundo e, por conseguinte, no já ser-com os demais entes.

Após formular os principais existenciais relacionados à experiência humana – o ser-em, ser-com, ser-no-mundo e cura, Heidegger examina cada um desses existenciais no âmbito da temporalidade e chega a conclusões mais enriquecidas acerca da existência desse ente ontologicamente singular.¹²⁰

No entanto, ao que convém para este trabalho, cumpre somente reiterar e elucidar de forma mais sintética as principais características elucidadas por Heidegger a respeito do ser humano.¹²¹

Em primeiro lugar, o ser humano é constituído por uma abertura ao ser. Somente o ser humano tem a capacidade de se relacionar com o ser desse modo. De certa forma, a abertura do ser humano está ligada aos seus três primados como ente ontologicamente diferenciado.

Além disso, o ser humano está sempre, de certa forma, lançado na dimensão fática e contingente da realidade. Não há algo muito claro que explique o sentido dessa determinada inserção em um âmbito da realidade ou em outro. E, talvez essa explicação sequer exista. O ser humano simplesmente está, aí, jogado ao mundo.

O terceiro aspecto concerne ao ser humano como um projeto em aberto que continuamente procura um ser que não lhe pertence.

Por fim, Heidegger aponta como quarta característica do ser humano o fato de o ser humano, na maior parte das vezes, perder de vista as possibilidades mais próprias de sua existência, e, a partir disso, ser do modo impessoal. Ou seja, os vários seres humanos de uma

¹¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 259-260.

¹²⁰ Essas ideias constam na Segunda Seção da seguinte obra do filósofo continental alemão: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 303-535. A despeito de essas outras formulações serem extremamente relevantes para a ontologia de Heidegger, as questões já expostas parecem ser suficientes para o que ainda será elaborado em relação à diferença entre regras e princípios, motivo principal pelo qual essas outras considerações não serão aqui abordadas.

¹²¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 292-293.

determinada conjuntura, na maioria das oportunidades do cotidiano, vivem de forma impessoal, ou seja, como todos e, ao mesmo tempo, como ninguém.

Esse último aspecto da experiência humana não deve ser concebido de uma forma negativa, sequer sob uma perspectiva ontológica, tampouco sob outra ética ou moral. Heidegger procura apenas descrever as principais características fenomenológicas averiguadas no modo de ser dos seres humanos. Nessa tarefa, é preciso ressaltar que o filósofo procura extirpar quaisquer considerações valorativas, as quais seriam pertinentes ao âmbito ôntico, e não ao ontológico.¹²²

Entretanto, em uma das pouquíssimas passagens em que parece haver uma valoração positiva – ainda que de maneira extremamente tênue – de algo relacionado aos seres humanos – a possibilidade –, Heidegger adverte que:

“Como categoria modal do ser simplesmente dado, a possibilidade designa o que ainda não é real e que nunca será necessário. Caracteriza o somente possível. Do ponto de vista ontológico, é inferior à realidade à necessidade. Como existencial, a possibilidade é, ao contrário, a determinação ontológica mais originária e mais positiva da presença; assim como a existencialidade, numa primeira aproximação, ela só pode ser trabalhada como problema. O solo fenomenal que permite a sua visão oferece o compreender como o poder-ser de propiciar aberturas.”¹²³

Não será a possibilidade, logo, o elemento basilar da filosofia ontológica de Heidegger capaz de propiciar a abertura para outras filosofias?

O anterior fracasso, ou ao menos a inaptidão parcial da deontologia jurídica em assegurar bases plenamente pós-metafísicas e asseguradamente capazes de demonstrar os princípios como normas deontológicas não deve levar a um regresso a modelos jurídicos positivistas, jusnaturalistas ou utilitaristas.

Não se a reconstrução da própria deontologia jurídica se mostrar como alternativa viável à acepção mais adequada do pós-positivismo jurídico.

2.3. Deontologia reconstruída?

Inicialmente, é imprescindível esclarecer que as linhas a seguir não têm a intenção, e muito menos a pretensão, de reformular por completo todas as teorizações deontológicas já formuladas pelas filosofias moral, política e do direito. As questões a serem abordadas dizem

¹²² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 293.

¹²³ *Ibidem*. p. 203-204.

respeito a uma possível má apreensão do conceito de deontologia em alguns domínios do conhecimento humano justamente em virtude da inadequada compreensão ontológica do ser humano até a filosofia de Heidegger. Se a ontologia foi reformulada, por que não a deontologia também não haveria de ser modificada?

Para tanto, é preciso antes também esclarecer em termos mais precisos o que vem a ser a deontologia.

Especificamente no que se refere à filosofia moral, a deontologia é apreendida como a ética dos deveres.¹²⁴ Os alicerces dessa ética remontam à filosofia moral de Immanuel Kant, principalmente em relação aos testes de universalidade elaborados por Kant¹²⁵ com o fim de pautar a caracterização dos deveres não em um fundamento teológico ou teleológico, mas na própria razão humana como elemento capaz de nortear o “como deve-se viver”, seja individualmente ou em conjunto.

Na filosofia do direito, porém, o termo deontologia é, por vezes, utilizado de forma mais abrangente. A deontologia pretende designar o que deve ser, em contraposição ao ser, ou seja, ao que é. A norma jurídica, em especial, determina a alteração da realidade por meio da subsunção fática de uma determinada conjuntura à transformação a ser operada pelo mandamento deontológico do preceito. Assim, de certa forma, a deontologia também procura indicar um estado idealizado da realidade a ser alcançado por meio da incidência de uma norma.

Não é porque algo sempre foi de uma determinada maneira que assim deverá ser para sempre.

Porém, de modo mais restrito, as vertentes deontológicas da filosofia moral procuram – ao invés de tentar elucidar tudo o que deve ser – somente expor os deveres mínimos a revelarem o que é correto sob a perspectiva da moral. Mandamentos mínimos como o de que não se deve tirar a vida de outra pessoa, o de que não se deve faltar com a honestidade, entre outros, moldam o núcleo central da moralidade. Caso esses deveres forem observados, então o ser humano estaria livre para realizar o restante dos atos de sua existência da forma que lhe

¹²⁴ Para uma explanação a respeito das vertentes contemporâneas da deontologia, é oportuno conferir: DAVIS, Nancy. *Contemporary deontology*. In: SINGER, Peter. *A Companion to Ethics*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2007. 205-218.

¹²⁵ Já em relação à ética elaborada por Immanuel Kant, assim como as denominadas éticas kantianas, confira-se: O'NEILL, Onora. *Kantian ethics*. In: SINGER, Peter. *A Companion to Ethics*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2007. p. 175-185. Vale conferir, outrossim: BORGES, Maria de Lourdes; DALL'AGNOL, Darlei; DUTRA, Delamar Volpato. *Ética*. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2003. p. 15-32.

fosse conveniente.¹²⁶ Para as correntes contemporâneas da deontologia, a liberdade humana deve ser restringida pela vedação de atos que são, em si, contrários à moralidade.

O embasamento da deontologia, conforme já apontado, remonta à filosofia de Kant. Para o filósofo iluminista alemão, os deveres não poderiam derivar de uma busca pela felicidade como elemento precípua a nortear a vida dos seres humanos. Ainda assim, na filosofia de Kant, a fundamentação da moral não é originada, ao menos não em um primeiro momento, a partir de pretensões teleológicas. Kant concebe a razão como aspecto basilar do qual podem ser firmadas noções mais precisas a respeito de como os seres humanos devem viver.¹²⁷

A partir disso, Kant vislumbra, por meio do auxílio da razão, a possibilidade de um preceito mandamental ser elaborado somente caso for submetido a um teste de validade universalizável. Uma ação, de acordo com a deontologia, apenas pode ser tida como correta caso for universalizável em relação a todos os indivíduos.

Um exemplo clássico para ilustrar a formulação do imperativo categórico de Kant em sua acepção de lei universalizável é o da quebra de promessas. Caso um compromisso seja firmado com a intenção prévia de não ser cumprido, seria impossível manter essa possibilidade em relação a todas as demais promessas a serem realizadas. Outro exemplo é o de não observar a ordenação preordenada de uma fila de pessoas. Se toda pessoa pretendesse se aproveitar dessa circunstância, então seria impossível sequer conceber a fila, e todos os indivíduos estariam, na verdade, em situação de prejuízo.

Ocorre que a filosofia de Kant está pautada em uma metafísica transcendental que, por meio da razão, tem como escopo tentar alcançar os objetivos primordiais da humanidade. Para Kant, essa situação ideal a ser tangenciada na consecução da história da humanidade seria o reino dos fins.

Porém, sem essa fundamentação metafísica, a qual, de forma direta ou indireta, acaba por permear a formulação dos deveres, e a própria noção de dever ser, como é possível, a partir do ser, apontar para e conjugar o que deve ser? Não seria o dever ser uma categoria autônoma em relação ao ser?

¹²⁶ DAVIS, Nancy. *Contemporary deontology*. In: SINGER, Peter. *A Companion to Ethics*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2007. 206-210. Nessa linha de raciocínio, as éticas deontológicas, por diversas vezes concebidas como mais rigorosas em comparação com as éticas utilitaristas, permaneceriam alheias a uma considerável parcela da experiência humana, ao contrário do utilitarismo, por meio do qual é possível avaliar a moralidade ou ausência de moralidade subjacentes a quase todas, quiçá todas, as ações humanas.

¹²⁷ BORGES, Maria de Lourdes; DALL'AGNOL, Darlei; DUTRA, Delamar Volpato. *Ética*. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2003. p. 15-18.

Ao que tudo indica, para filosofias ou sociedades pretensamente pós-metafísicas, a resposta a essas interrogações há de ser negativa. Para Heidegger, não seria possível sequer compreender a própria noção de ser sem o ser humano, único ente aberto ao ser. Nas palavras de Heidegger:

“De fato, apenas enquanto a presença *é*, ou seja, a possibilidade ôntica de compreensão de ser, “dá-se” ser. Se a presença não existe, também nem “independência”, nem “em si” podem “ser”. Eles não seriam nem compreensíveis, nem incompreensíveis. O ente intramundano também não poderia ser descoberto nem permanecer oculto. Então nem se poderia dizer que o ente *é* ou não *é*. Agora pode-se realmente dizer que, enquanto houver compreensão de ser e com isso compreensão do ser simplesmente dado, então o ente prosseguirá a ser.”¹²⁸

Ou seja, a radicalização feita por Heidegger em relação ao ser *é* a seguinte – sem o ser humano, não haveria ser. A despeito de ser questionável essa apreensão do filósofo continental – com ou sem suportes metafísicos –, as ideias formuladas pela filosofia ontológica e existencial de Heidegger que procuram afastar a metafísica transcendental da experiência humana parecem apontar para algo mais tangível – não existe dever, tampouco dever ser, sem o ser humano.

Assim, *é* possível afirmar que a deontologia a ser possivelmente reelaborada a partir da ontologia de Heidegger deve procurar a formulação de deveres, ou de categorias – ou, aliás, de existenciais – relacionados ao dever ser por meio das possibilidades relacionadas ao ser humano, e não com fundamento em uma metafísica transcendental.

Kant parece já ter assentado as premissas básicas da deontologia ao extirpar o divino como âmbito primordial da formulação de deveres e conferir à razão a responsabilidade pela elaboração dos preceitos deontológicos. Já na filosofia de Kant, *é* atribuída importância à dimensão das infinitas possibilidades relacionadas à experiência humana ao se colocar a liberdade como aspecto precípua na definição dos modos de viver do ser humano. Para o filósofo:

“Em que consiste o princípio de todos os deveres para consigo mesmo? A liberdade *é*, de uma parte, a capacidade que proporciona uma inesgotável aptidão para todas as demais capacidades. *É* o maior expoente da própria vida. *É* aquela propriedade que subjaz, como fundamento e condição necessária, a todas as perfeições. Os animais têm a faculdade de utilizar suas forças ao seu arbítrio. Mas esse arbítrio não *é* livre, uma vez que se vê necessariamente determinado por excitações e estímulos; suas ações estão regidas por uma *bruta necessitas*. Se todas as criaturas possuísem um arbítrio sujeito a impulsos sensíveis não existiria no mundo valor algum. No entanto, o valor interno do mundo, o *summum bonum*, *é* a liberdade do arbítrio que não se vê

¹²⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 281-282.

inexoravelmente determinado a atuar. A liberdade é, pois, o valor interno do mundo.”¹²⁹

Ainda que de modo consideravelmente rudimentar, na filosofia de Kant já parece emergir a capacidade do ser humano de tangenciar todas as ontologias. Justamente com base nessas considerações, Kant crê ser necessário formular preceitos deontológicos que tenham como escopo assegurar que a liberdade somente há de ser restringida pela própria liberdade. O meio de se concretizar isso é a formulação dos testes de validade que sejam capazes de distinguir as ações universalizáveis das ações não universalizáveis.

Não obstante, a concepção teleológica da filosofia moral de Kant como orientada à realização plena do ser humano acaba por contaminar a formulação do âmbito deontológico a partir de considerações alheias à existência humana.

Além disso, a filosofia de Heidegger, a despeito de possivelmente propícia para a compreensão dos possíveis modos de ser do ser humano, pode ser problemática para a formulação de uma deontologia.

Como esperar e exigir de um ser que sequer possui um ser próprio a definição precisa a respeito do que deve ser? Ademais, a definição concreta dos mandamentos deontológicos não constituiria um simples retorno ao plano ôntico, onde o ser humano procura um ser que não lhe pertence?

À sua própria maneira, Neves já parece ter averiguado essa relação problemática:

“Nesses termos, a justiça constitui um paradoxo. Toda fórmula de contingência motiva a ação e comunicação enquanto é uma experiência com algo que falta. Por exemplo, a legitimidade na política democrática implica sempre uma oposição que exige mudanças; a escassez importa valores que motivam os agentes econômicos; Deus importa um mistério com o incognível, que é base da ação e comunicação religiosa; a ausência (falta) do amante é o momento em que se comprova o amor, motivando a ação ou comunicação amorosa. Também a justiça é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente: como fórmula de contingência, a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejando um “paraíso moral” de plena realização da justiça, assim como o fim da escassez como fórmula de contingência da economia conduziria a um “paraíso da abundância”, a saber, ao fim da economia.”¹³⁰

¹²⁹ KANT, Immanuel. *Lecciones de Ética*. Tradução, para o espanhol, de Roberto Rodríguez Aramayo e Concha Roldán Panadero. Barcelona: Editorial Crítica, 1988. p. 161. O trecho citado acima foi traduzido pelo autor deste trabalho.

¹³⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 226.

Ou seja, a relação é paradoxal pois, o ser humano, ao definir o que é e o que deve ser, somente pode determinar um ser ou um dever ser que não lhe pertence. Por esse motivo, a procura pela realização deontológica, ou mesmo ontológica, persistirá como tarefa inexaurível, a despeito da infinitude de possibilidades subjacentes aos seres humanos. Em termos mais simples – como seria possível esperar que o ser humano elaborasse o que deve ser, se o ser humano sequer é capaz de definir plenamente o que é?

De certa maneira já apreendidas, ao seu próprio modo, por Neves, talvez essas indagações somente inviabilizem a tarefa de se conjecturar uma nova deontologia caso a filosofia de Heidegger for concebida por meio de apreensões ônticas, e não ontológicas. O caráter aberto do ser humano e a ausência de um ser que lhe corresponda de forma integral é justamente o que faz subsistir a possibilidade como aspecto basilar da filosofia de Heidegger. Caso o ser humano fosse determinado, por que precisaria de uma deontologia? Ou melhor, se o ser humano fosse um ser ao modo dos seres simplesmente dados, em que residiria a possibilidade da fundamentação de um ser diferente do seu, ou seja, de um outro ser, o dever ser?

Na filosofia jurídica, Dworkin já parece ter concebido que à possibilidade de uma ação moralmente incorreta ser realizada não deve-se seguir a comprovação inequívoca da impossibilidade de condutas moralmente adequadas também serem realizadas, ao indagar o seguinte:

“Alguns filósofos pensam, com base nas vertentes contemporâneas da fisiologia e psicologia, que essa distinção fenomenológica entre escolha e compulsão não faz sentido algum. Eles acreditam que todo comportamento humano é determinado por fatores além do domínio individual, de forma que as percepções do livre arbítrio que nós por vezes temos seriam apenas ilusões. Mas a evidência científica disso está muito aquém de ser conclusiva, e mesmo aqueles que a consideram convincente devem responder a como o direito deve ser norteadado até que a questão seja provada (se é que será ou poderá ser provada). Se nós aceitássemos, por exemplo, o ponto de vista segundo o qual todo comportamento humano é determinado, disso decorreria o fato de que nós devemos abandonar integralmente a ideia de que seres humanos têm direitos que os seus governos estão moralmente obrigados a respeitar?”¹³¹

Essas formulações podem ser ainda melhor compreendidas ao se reportar que, Habermas, ao elucidar a crítica de Dworkin contra o realismo jurídico, descreve que o filósofo jurídico estadunidense não procura rejeitar o modelo realista do direito por supô-lo como

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 11. A tradução desse trecho foi realizada pelo autor deste trabalho.

inexistente, mas, por – justamente ao vislumbrá-lo como possível – supor que outras compreensões são, ao mesmo tempo que também possíveis, mais adequadas para o direito.¹³²

Em consonância com isso, Habermas também elucida que Dworkin concebe a interpretação como um meio de realizar o contínuo aperfeiçoamento do objeto interpretado. A atividade interpretativa é uma forma de descobrir, revelar ou até mesmo transformar o objeto como o seu melhor possível.¹³³

Nessa linha de raciocínio, Dworkin utiliza o criativo exemplo da permissão ou proibição de condutas intimidantes no jogo de xadrez. Reflete-se a possibilidade de um adversário intimidar o outro configura um aprimoramento do jogo como contextualizado também no âmbito das emoções e intuições humanas, ou se essa prática deve ser vedada por conta do aspecto eminente e exclusivamente matemático, lógico e estratégico do xadrez. Ao fim de suas digressões, Dworkin chega à conclusão de que a resposta deve ser formulada no sentido de revelar o jogo de xadrez em sua formulação mais adequada possível.¹³⁴

O que Dworkin parece ignorar, porém, é o fato de que a própria apreensão acerca do melhor sentido de um jogo de xadrez e, principalmente, do direito, somente têm sentido quando referidos a um ser humano.

De outra forma, é possível dizer que, embora instigado pelas possibilidades mais próprias do ser humano, Dworkin acaba por esquecer que inexiste um critério ou parâmetro a indicar a mais adequada ou otimizada dessas possibilidades a não ser os próprios parâmetros subjacentes ao ser humano.

Na verdade, Dworkin parece, em alguns momentos, perceber a dimensão humana, sobretudo em contextos pós-metafísicos, como o elemento primordial para o delineamento dos dilemas averiguados no próprio âmbito da experiência humana. De modo elucidativo, o filósofo jurídico estadunidense, ao ponderar sobre a resolução de casos difíceis, afirma que:

“Também não direi que esses casos difíceis são decididos de acordo com meta-regras que revelam como as regras positivadas devem ser superadas, interpretadas, expandidas ou inventadas, ou como padrões devem ser aplicados. As explicações que cortes dão em casos difíceis geralmente tomam a forma de apelos não a regras, mas a objetivos políticos ou exigências por justiça, e advogados e juízes irão frequentemente discordar sobre a essência desses apelos em casos particulares. Na melhor das hipóteses, caracterizações dessas explicações como meta-regras somente transferem o problema para um passo seguinte: precisaremos de meta-meta-regras

¹³² HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 214.

¹³³ *Ibidem*. p. 210.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 103.

para selecionar entre meta-regras. Em algum ponto, o regresso deve ser quebrado pela admissão que naquele ponto o juiz não aplica as regras, mas sim as escolhe.”¹³⁵

Porém, logo em seguida, Dworkin discorda do que está exposto no trecho para afirmar que, em casos difíceis, há uma dimensão da moralidade comunitária que irá ser traduzida em termos principiológicos e que, por fim, irá nortear a resolução – e não a escolha – por parte do juiz na definição do caso difícil.

Mas, não será que a escolha – dimensão inevitável da experiência humana – não pode ser concebida de outro modo na deontologia a ser reconstruída? Dworkin, especificamente situado no contexto do direito comum estadunidense, procura criticar a acepção segundo a qual juízes poderiam decidir de acordo com suas vontades e, portanto, mediante as suas próprias escolhas, em possível desatenção ao caráter vinculativo das normas deontológicas.

No entanto, em uma deontologia reconstruída, em que o ser humano tenha de fornecer um ser que não é seu ser a outro ser humano – não é possível que o dilema ganhe outros contornos? Além disso, será possível que, na infinidade de experiências possivelmente relacionadas ao âmbito humano, somente haja uma solução adequada e em consonância com os preceitos deontológicos pertinentes ao caso?¹³⁶

Dworkin parece ter dado o primeiro passo na formulação de uma possível deontologia reconstruída. Porém, essa tarefa parece ter cessado ao se imaginar as normas por meio de conceitos ônticos – ou melhor, deônticos – capazes de assegurar uma definição inequívoca de dilemas humanos institucionalizados.

Há outros autores que procuraram melhor conjecturar essa nova forma – pós-positivista e pós-metafísica – de compreender o direito.

Günther, por exemplo, diferencia os discursos de justificação – em que as normas são elaboradas em observância aos testes de universalidade – dos discursos de aplicação – nos quais as normas são aplicadas a casos concretos tendo em vista a infinidade de peculiaridades subjacentes ao contexto fático no qual está inserido.¹³⁷ Ou seja, Günther parece perceber a

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy*. New York. v. 60. n° 21. Outubro de 1963. p. 627-628. Esse trecho foi traduzido pelo autor do presente trabalho.

¹³⁶ A crítica é explícita em resposta à tese da única resposta correta. Maiores explanações poderiam ser elaboradas em relação à pouca consonância do aspecto do ser humano como aberto com uma única possibilidade adequada na definição de controvérsias humanas. Contudo, a crítica não será delineada em digressões mais minuciosas. O registro consta aqui apenas a título reflexivo.

¹³⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação*. Tradução de Claudio Molz. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 201.

formulação do que deve ser, ou seja, do que é deontológico, por meio das diversas especificidades em relação ao que é, ou seja, ao que diz respeito à dimensão ontológica.

Alexy também procura conjugar essas noções na formulação da máxima da proporcionalidade. As possibilidades fáticas são averiguadas na fase da adequação e da necessidade. Já as possibilidades jurídicas são sopesadas na fase da ponderação. De outra forma, é possível afirmar que as possibilidades de formulação de preceitos deontológicos ocorrem tendo em conta os diversos aspectos e, principalmente, as inúmeras possibilidades relativas ao plano ontológico, e apenas preliminarmente apontadas pelos preceitos deontológicos.

Por fim, também seria possível tecer considerações a respeito da ideia de Habermas da força do melhor argumento. Em uma concepção procedimental do direito, uma determinada decisão deve, ou melhor, pode ser mantida até que o embasamento utilizado para fundamentá-la seja superado por meio do surgimento de outro argumento, mais adequado.¹³⁸

A exposição de considerações pormenorizadas a respeito de em quais aspectos as obras desses filósofos e juristas parecem apresentar harmonia com as ideias ora apresentadas não somente possibilitaria, mas certamente exigiria, a elaboração de um trabalho inteiramente novo.

Logo, como indicação prévia e apenas rudimentar deste tópico, cumpre apenas sintetizar as principais conclusões que possivelmente podem ser formuladas.

A deontologia é um âmbito da ontologia. Ao ser não pode escapar outro âmbito do ser. O ser é o conceito mais universal. Portanto, a deontologia está inserida na ontologia.

Além disso, a deontologia somente tem sentido em relação ao ser humano. È a partir e em virtude do ser humano que a deontologia pode ser elaborada.

Justamente por se referir ao ser humano, a deontologia também é pautada pela infinitude, ou ao menos pelas várias possibilidades relacionadas aos três primados ontológicos do ser humano.

Por haver uma diferença abissal entre o ontológico e o ôntico, também deve haver uma diferença entre o deontológico e o deôntico.

Por fim, o ser humano, por também ter a possibilidade de passar por experiências ônticas, em que se aproxima dos entes simplesmente dados, também deve ter a possibilidade do deôntico, em que há uma relação simplesmente dada a partir de uma relação deontológica.

¹³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 226-227.

Como quadro preliminar e sintético a respeito dessas considerações, é oportuno ilustrar o seguinte esquema, que tem por escopo tentar expor onde pertence cada uma dessas dimensões da realidade:



De forma intencional, a dimensão deontológica foi limitada por uma circunferência tracejada, eis que a deontologia é aberta às possibilidades advindas da ontologia. A dimensão ôntica, contudo, por se referir aos seres simplesmente dados, e não obstante pertença à realidade ontológica, é, em si, delimitada, motivo pelo qual sua demarcação foi realizada por meio de uma circunferência contínua. Ainda assim, subsiste a possibilidade de intermediação entre o ôntico e o deontológico, conforme será melhor elucidado no próximo capítulo.

Entretanto, mesmo conjecturado o esquema acima, um dilema ainda permanece – caso se admita o ser humano como único responsável pela formulação de preceitos deontológicos, a ilação a que se chega é a de que o preceito formulado e escolhido como deontológico necessariamente será acertado? Caso todos os seres humanos vislumbrassem, de forma unânime, uma suposta adequação de um mandamento deontológico, seria impossível apontar seu equívoco?

Assim como Heidegger procurou iniciar o enfrentamento do ser por meio da acepção do único ente aberto ao ser, parece ser adequado também começar a conceber a questão da deontologia também pelo único ente relacionado ao dever ser – o ser humano.

Excurso – De Kant a Heidegger, e de volta a Kant – *Dasein* como um fim em si mesmo.

Se, por um lado, a filosofia de Heidegger procura abrir o ser humano para as possibilidades que lhe são mais originárias e, nessa empreitada, acaba por abrir o ser humano para todas as possibilidades em geral, por outro, seria possível tecer a crítica que, no fundo, essa filosofia abacá por não dizer coisa alguma.

Na melhor das hipóteses, a ausência de parâmetros e a indicação de que o ser humano é ontologicamente relacionado ao próprio ser pode ser um campo fértil para a suposição de possibilidades que seriam desarrazoadas, ou até mesmo absurdas para a filosofia moral.

Além disso, nas críticas à ontologia fundamental de Heidegger, por diversas vezes é suscitado o fato de o filósofo continental ter se filiado ao partido nazista no decorrer da década de 1930. Há quem entenda que a filosofia ontológica de Heidegger na verdade possui um viés político absolutamente alheio a qualquer pretensão moral e incapaz de ser articulado com noções éticas na contemporaneidade. A explícita tarefa de enfrentar a questão do sentido do ser na ausência de quaisquer concepções axiológicas ou deontológicas também parece revelar uma improbabilidade de a filosofia ontológica de Heidegger auxiliar a conjecturar digressões morais ou éticas mais elaboradas.

Se, conforme advertido por Habermas, as considerações de Kant devem ser ao menos ponderadas ante o insucesso dos modelos utilitaristas mais sofisticados da contemporaneidade, por óbvio, parece pouco razoável tentar começar uma formulação ética com fundamento no tudo, ou melhor, no nada, que a filosofia de Heidegger propicia em uma primeira leitura.

Por esses motivos, o pensamento de Kant acerca dos alicerces da deontologia deve ser retomado.

Consoante já descrito, Kant acreditava que os deveres não deveriam ser pautados em uma busca por um bem, ainda que esse bem fosse a felicidade plena.¹³⁹ Os deveres seriam firmados na possibilidade de prescreverem condutas racionais e universalizáveis em relação a todos os seres humanos.

A primeira formulação do imperativo categórico – lei fundamental da ética deontológica, ou ao menos da ética deontológica de Kant – afirma que uma conduta somente

¹³⁹ KANT, Immanuel. *Lecciones de Ética*. Tradução, para o espanhol, de Roberto Rodríguez Aramayo e Concha Roldán Panadero. Barcelona: Editorial Crítica, 1988. p. 156-157.

pode ser considerada moral caso tenha a aptidão de ser universalizada em relação a todos os que eventualmente a praticarem. Como já apontado, os clássicos exemplos de não ludibriar outrem, não torturar, entre vários outros, podem ser plenamente enquadrados como atos imorais de acordo com os testes de validade universal da ética de Kant.

Já em outra formulação do imperativo categórico de Kant, parecem surgir alicerces um pouco mais sofisticados, ou ao menos mais substanciosos, para uma ética mais abrangente. Na acepção de que essas condutas devem ser universalizáveis, também é possível chegar à conclusão de que o ser humano é um fim em si mesmo e, por isso, não pode ser tratado como meio. O ser humano deve se relacionar com os outros e também consigo mesmo de tal forma que trate todos esses indivíduos, e a humanidade de uma forma geral, como fins em si mesmos.

Pautados nessa formulação humanística do imperativo categórico, muitos adeptos da filosofia moral de Kant conseguem refutar a crítica recorrente de que o imperativo categórico tem bases puramente formais e, em certo sentido, vazias. Esses deontologistas sustentam que, ao se vislumbrar a humanidade e o outro ser humano como finalidades próprias, então deveres necessariamente serão formulados no sentido de se tentar ao máximo buscar ações voltadas à promoção da liberdade desses indivíduos enquanto fins em si mesmos. Nessa linha de raciocínio, seria possível afirmar que, ainda que dois indivíduos respeitem os deveres conjecturados de forma negativa, se um continuamente procura praticar ações destinadas à promoção da humanidade como um fim em si mesmo, e o outro se mantém, na maior parte do tempo, inerte, então seria possível apontar o primeiro como agente moralmente superior ao segundo, a despeito de ambos serem morais.

De certa forma, na filosofia de Kant, mesmo que de maneira prematura, já parece haver uma ética afirmativa de certas virtudes humanas.

Contudo, crítica que subsiste em relação à filosofia moral de Kant parece ser a de que os exemplos oferecidos pelo filósofo iluminista são pouco sofisticados. Em ações, na maior parte das vezes nitidamente imorais – como matar, roubar e mentir – seria mesmo preciso um teste de validade universalizável para comprovar algo aparentemente óbvio? Enquanto isso, nos dilemas morais realmente controversos – tais como o aborto, questões de liberdade religiosa, conflitos entre culturas, entre vários outros –, parece ser difícil a obtenção de uma resposta unívoca a essas questões problemáticas por meio da simples subsunção desses problemas a testes formais de validade universalizável.

Outra crítica ainda mais contundente se relaciona à problemática relação entre Kant e a natureza, sobretudo em suas acepções mais determinísticas. A filósofa inglesa Onora O'Neill descreve essa objeção à ética de Kant nos seguintes termos:

“Essa objeção é a de que a estrutura básica da filosofia de Kant é incoerente. Sua compreensão do conhecimento humano leva a uma concepção dos seres humanos como partes da natureza, cujos desejos, inclinações e ações são suscetíveis de serem explicados por uma causalidade ordinária. Não obstante, sua compreensão da liberdade humana demanda que nos concebamos como agentes capazes de auto-determinação, e especialmente determinação de acordo com os princípios do dever. Aparentemente, Kant é levado a uma visão ambígua do homem – nós somos tanto seres fenomênicos (naturais e casualmente determinados) e também seres numênicos (não naturais e auto-determinados). Muitos dos críticos de Kant tem afirmado que essa dupla compreensão dos seres humanos é, em última instância, incoerente.”¹⁴⁰

Será que não há alguma visão mais coerente e pormenorizada acerca do ser humano?

Ao que tudo indica, ao menos fenomenologicamente, a filosofia de Heidegger parece ser pouco criticável. No que diz respeito às possíveis consequências advindas de apreensões particulares dessa filosofia ontológica, é possível apontar cautelas que devem ser observadas. Entretanto, no que se refere à descrição peculiar da analítica existencial, parece ser difícil poder ignorar as detalhadas caracterizações existenciais formuladas por Heidegger e, sobretudo, apontá-las como ontologicamente equivocadas.

E, no que se concerne à elaborada diferença ontológica do ser humano em relação a todos os demais entes, não parece haver uma certa consonância entre a sua constituição ontológica e existencial com a formulação humanística do imperativo categórico?

O ser humano é o único ente que é um fim em si mesmo pois é também o único ente que é aberto ao ser e, logo, relacionado a todas as demais possibilidades subjacentes à experiência humana. Não há muito sentido em se apreender um ente simplesmente dado como um fim em si mesmo, a não ser que se tenha esse ente como uma divindade absoluta. Ocorre que, nessas únicas hipóteses, a fundamentação metafísica já não pode mais sustentar as ordens jurídicas e políticas de sociedades contemporâneas.

Nessa acepção do ser humano como um fim em si mesmo em virtude de sua abertura ontológica, algumas concepções da ética de Kant parecem ser fortalecidas, ou, pelo menos, aperfeiçoadas.

O homicídio, tipificado como crime,¹⁴¹ não é um ato imoral pelo simples fato de, no decorrer dessa ação, a vida do outro ser utilizada como meio. O homicídio é a evidência mais

¹⁴⁰ O'NEILL, Onora. *Kantian ethics*. In: SINGER, Peter. *A Companion to Ethics*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2007. p. 180. A tradução desse trecho foi realizada pelo autor do presente trabalho.

¹⁴¹ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal:

nítida de um ato deontologicamente inadmissível pois elimina não apenas o outro ser humano, mas também todas as suas possibilidades de um projeto que jamais será realizado. E, pela mesma razão, é possível justificar as hipóteses excludentes de ilicitude,¹⁴² mesmo no homicídio, em virtude de uma possível preservação de outro projeto ontológico, cujas infinitas possibilidades relacionadas a ambos dificilmente poderiam ser plenamente ponderadas por um cálculo utilitarista.

A imoralidade do homicídio, porém, é um caso deontologicamente evidente. A formulação do ser humano como um fim em si mesmo em razão da sua diferença ontológica seria realmente capaz de fornecer algo proveitoso?

Talvez fosse possível conjugar o caráter formal da primeira formulação do imperativo categórico com o outro aspecto, também formal, relacionado às diversas dimensões – ou seja, aos existenciais – da experiência humana.

As condutas deontologicamente reprováveis seriam aquelas que colocassem em xeque a constituição projetiva do ser humano na busca por um ser que não lhe pertence. Em virtude dessa apreensão formal do ser humano como um fim em si mesmo, a relatividade das apreensões morais ao longo da história seriam elucidadas de forma mais tangível, ao passo que outras ações, sempre atentatórias à constituição do ser humano, dificilmente passariam por um teste de validade da conjugação da ética de Kant com a contingência subjacente à filosofia de Heidegger.¹⁴³

Além disso, seria possível atenuar, ou até mesmo eliminar o teste de validade universalizável realizado por Kant. Se uma conduta, ainda que não seja particularmente formulada de forma idêntica a todos os seres humanos – e dificilmente o será, eis que cada ser humano é singular em relação a todos os demais – ainda assim consiga preservar a possibilidade, ou parcela das possibilidades subjacentes à realização projetiva dos seres

“Art. 121. Matar alguém:
Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”

¹⁴² Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal:

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.”

¹⁴³ Seria o caso, por exemplo, da escravidão. O escravo era um ser existencial e ontológico como qualquer outro de seu tempo. A limitação de suas possibilidades existenciais dificilmente poderia ser justificada, com base nessa articulação, por meio de normas deontológicas que supostamente asseguravam uma maior possibilidade de realização de projetos existenciais a todos os demais membros da comunidade. Quiçá, a partir dessa compreensão do ser humano com base tanto em Kant quanto em Heidegger, outras práticas, hodiernas, também possam ser criticadas.

humanos, então a conduta poderá ser considerada ética e moral, a despeito de não ser necessariamente universalizável nos termos da filosofia de Kant. Em síntese, a universalidade formal de Kant é, e deve ser reformulada na facticidade concreta que norteia a existência humana.

É possível, na verdade, que essas articulações já existam, mas formulada em outros termos.

Dworkin, ao direcionar sua crítica às vertentes utilitaristas e positivistas do direito, afirma que ambas essas concepções carecem de um elemento muito básico que deve ser intrínseco a qualquer aceção do direito – a ideia de que indivíduos possuem direitos anteriores à legislação.¹⁴⁴

O filósofo jurídico estadunidense parece estar correto. A legislação humana é uma construção humana fundada em outro artifício humano – a concepção de estado. O fato de uma certa conjuntura humana – isto é, um determinado estado – não reconhecer algumas dimensões deontológicas da experiência humana não comprova que essas possibilidades não existem. Na verdade, demonstram apenas que esse estado, apesar de possível, é incapaz de se erigir em bases minimamente morais. Consoante já advertido pelo próprio Dworkin, o fato de uma determinada concepção de direito ser possível não indica que essa concepção é acertada, mas, ao contrário, que eventualmente outra, também possível, poderá ser mais adequada.

Parcialmente pautado na ideia de que direitos são anteriores à legislação, Dworkin continua a formular seu modelo pós-positivista do direito e chega à noção de integridade – uma ordem jurídica pautada em instituições capazes de garantir uma noção de igual respeito e consideração em relação a todos – como elemento a nortear toda a conjuntura de um ordenamento jurídico.¹⁴⁵

Nessa mesma linha de raciocínio, Habermas também pode ser apontado como um filósofo que procura nortear essa compreensão mais pormenorizada da pessoa como um fim em si mesmo. Ao mesmo tempo em que possibilita que as diversas ações humanas sejam eventualmente realizadas por meio da tradução em discursos a serem elaborados e implementados por meio de procedimentos próprios, Habermas concebe que, posteriormente, essa facticidade trazida em discursos deve passar pelo crivo dos discursos morais, consubstanciados em testes de universalidade.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. xi.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 210.

Em termos mais simples, Habermas esclarece que decisões tomadas por maiorias temporárias não podem contrariar certas garantias fundamentais inerentes a todos os indivíduos e, portanto, também de titularidade das minorias. Isso ocorre pelo simples motivo de não ser possível admitir que a autonomia política da maioria viole o próprio elemento que em primeiro lugar constitui essa autonomia – a garantia de direitos que possibilitam o exercício do discurso e, portanto, dessa autonomia política.¹⁴⁶

De uma forma mais genérica, é possível afirmar que, por ser um ser em aberto, a concepção acerca do ser humano como um fim em si mesmo está fadada a também ser uma questão sem respostas definitivas.

Por isso, a cada nova compreensão histórica do ser humano, deve haver também uma inovada concepção deontológica dos elementos capazes de garantir as possibilidades de suas realizações ontológicas e ônticas.

No âmbito de sociedades cada vez mais complexas e, principalmente, pós metafísicas, essa exigência parece se tornar cada vez mais custosa e difícil de ser realizada.

Entretanto, ao que parece, as bases para essa tarefa já estão há muito delineadas pela filosofia, sobretudo pela ética de Kant. O que falta, portanto, é apenas o aprimoramento dessa concepção a partir da infinitude de ideias advindas da filosofia e dos demais conhecimentos humanos desde então.

Como indício da possibilidade cada vez crescente de que essas relações sejam refinadas, a minuciosa descrição da esfera pública e das várias conjugações discursivas que Habermas teceu no âmbito coletivo podem ser complementadas pela sofisticada e revolucionária descrição ontológica e existencial, elaborada por Heidegger, do ser humano em seus aspectos mais individualizados, e vice-versa. No caminho entre esses dois pensadores, parece haver um solo fértil para inúmeras ideias.

A distinção entre regras e princípios como apta a sustentar as bases deontológicas pós-metafísicas do direito contemporâneo pode ser uma dessas possibilidades.

¹⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 180.

3. REGRAS E PRINCÍPIOS DIANTE DA DEONTOLOGIA JURÍDICA RECONSTRUÍDA

Este capítulo tem como escopo explícito tentar conjugar algumas das ideias descritas no primeiro capítulo – referente aos modelos que examinam as diferenças entre regras e princípios – com algumas das principais noções e conclusões obtidas a partir do que foi conjecturado no segundo capítulo, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de se reconstruir, a partir da ontologia fundamental de Heidegger, uma deontologia pautada precisamente na dimensão da experiência humana. Longe de pretender esgotar as possíveis apreensões eventualmente advindas das formulações ora hipotetizadas, as considerações a serem tecidas neste terceiro capítulo apontarão para as ideias mais evidentes e em maior conformidade com as demais concepções já delineadas ao longo do trabalho.

A primeira parte do capítulo tem como objetivo investigar uma possível diferença na caracterização ontológica e, principalmente, deontológica das regras e dos princípios jurídicos. As teorizações da filosofia de Heidegger a respeito da diferenciação entre o âmbito ontológico como concernente ao ser em geral e o ôntico como relacionado aos seres simplesmente dados servirá de parâmetro para uma diferença deontológica entre essas duas espécies de normas jurídicas. Por fim, será trabalhada, em termos ontológicos, a paradoxal relação de complementaridade e tensão entre as regras e os princípios jurídicos, já tratada no modelo de Neves.

Também com certo apoio na filosofia de Heidegger, a segunda parte do capítulo possui a pretensão de descrever historicamente – ainda que de forma provavelmente simplista – a superação do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico e, após, a substituição, pelo pós-positivismo, do lugar outrora ocupado pelo positivismo na acepção do direito. Nessa tarefa, a noção da categoria jurídica dos princípios servirá para demonstrar que a superação do positivismo jurídico não somente é possível, como também parece representar o fim da metafísica jurídica transcendental no domínio do direito, ou ao menos parece representar a possibilidade de seu fim.

Por derradeiro, a ideia dos princípios como algo diverso não somente das regras, mas também dos preceitos jusnaturalistas, será oportuna para a elucidação de outras possibilidades subjacentes a uma deontologia jurídica reconstruída de forma pós-positivista e, sobretudo, pós-metafísica. Isso sem olvidar o fato de que, por óbvio, as explanações constantes nesta

parte do capítulo são apenas uma parcela muito diminuta de todas as possibilidades eventualmente concebíveis em uma dimensão principiológica do direito contemporâneo.

3.1. A diferença onto-deontológica entre regras e princípios jurídicos.

A diferença ontológica minuciosamente examinada pela filosofia de Martin Heidegger parece apontar para a possibilidade de existir também uma diferença deontológica, isto é, uma distinção entre o deôntico e o deontológico.

Além disso, a própria noção de deontologia, como elucidado, somente parece ser possível em relação a um ente que possui a possibilidade de buscar outro ser que não o seu. Caso o ser humano fosse determinado pelo modo de ser dos entes simplesmente dados, uma deontologia não somente seria desnecessária, como sequer seria possível.

Entretanto, assim como no âmbito ontológico o ser humano tem de ser um ser que não lhe pertence e, por isso, acaba por, na maior parte das vezes, ser um ser dos entes simplesmente dados, ou seja, um ser ôntico, na dimensão deontológica, o mesmo fenômeno parece ocorrer.

A partir das conclusões obtidas no capítulo anterior, as explanações tecidas no primeiro capítulo acerca da diferença entre regras e princípios jurídicos e dos principais critérios apontados pelos modelos analisados serão retomadas com o propósito de contrastar as ideias que sustentam essas noções pós-positivistas da filosofia jurídica contemporânea com as teorizações realizadas a respeito da interação entre as dimensões ontológica, ôntica, deontológica e deôntica da realidade existencial.

Com isso, serão formuladas as hipóteses de que as regras são normas que se aproximam de uma noção de mandamento deôntico, ao passo que os princípios jurídicos parecem revelar a possibilidade de abertura da experiência humana ao dever ser deontológico.

Por fim, será retomada também a ideia da relação paradoxalmente complementar e tensa das regras e dos princípios jurídicos, que é precipuamente analisada pelo modelo de Neves, como decorrência da própria caracterização ontológica e, também, deontológica do único ente aberto ao ser, o ser humano.

3.1.1. Regras como mandamentos jurídicos deônticos.

Conforme advertido, a partir da hipótese da diferença deontológica originada a partir da diferença ontológica, talvez seja possível a indicação de critérios filosoficamente mais firmes para apontar alguma distinção entre regras e princípios jurídicos.

Por sua aceção mais clara – seja por conta da importância conferida a essa categoria normativa desde a época em que o paradigma positivista do direito era dominante ou pela simples possibilidade de essa espécie de norma ser mais facilmente compreendida – a regra será primeiramente examinada diante da diferença deontológica ora conjecturada.

Todos os modelos analisados no primeiro capítulo deste trabalho possuem algo em comum. O modelo de Dworkin concebe as regras como mandamentos deontológicos que operam à maneira tudo ou nada. Na filosofia jurídica de Alexy, as regras, de forma muito semelhante àquilo afirmado pela teoria de Dworkin, apontam para algo que deve ser cumprido, a não ser que haja uma exceção à própria aplicação da regra, prevista expressamente, ou obtida pela conjugação de princípios contrários à sua aplicação. O modelo de Neves, após refutar pormenorizadamente os critérios da imprecisão, da generalidade, da abstração e da referência a fins como adequados para a aceção da diferença entre regras e princípios, afirma que o que importa para essa diferenciação é o papel argumentativo propiciado por cada uma dessas normas nos procedimentos de tomada de decisões. As regras, de acordo com Neves, fornecem razões definitivas para a resolução dessas controvérsias.

Pois bem. Mas o que há de similar entre todos esses três modelos? Ou melhor, será que existe algo ontológica e deontologicamente originário em relação a todas essas três compreensões?

Aparentemente, as regras, na maior parte das hipóteses, realizam a intermediação das dimensões ôntica e deôntica da realidade. A partir da subsunção fática de um determinado caso – que é quase sempre apreendido em termos ônticos, através dos seres simplesmente dados, ou, aliás, por meio da relação dos seres humanos com apreensões simplesmente dadas – há a incidência de uma norma jurídica que fornece outra relação – que, em termos ontológicos, é simplesmente dada –, a partir dos seus sustentáculos deontológicos, que ainda serão oportunamente elucidados, os princípios.

Como exemplo, convém destacar a regra do art. 1º, inciso I, alínea “f” da Lei Complementar nº 64/1990,¹⁴⁷ que estabelece a inelegibilidade, pelo prazo de oito anos,

¹⁴⁷ Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990:

daqueles que forem declarados indignos do oficialato, ou incompatíveis com essas funções militares. Consoante já bem elucidado pelo modelo de Neves, as possíveis apreensões imprecisas de alguns – os principais – termos desse dispositivo não devem levar à conclusão equivocada de que essa norma jurídica constituiria um princípio. O que importa é que esse dispositivo configura um mandamento definitivo para a resolução de um caso jurídico.

E, nos termos do que foi ora apresentado em relação à diferença entre o deontológico e o deôntico, é possível dizer que essa norma realiza uma transformação da realidade ôntica – na qual o indivíduo é tido de forma simplesmente dada como indigno do oficialato ou incompatível com essas funções – pela incidência de um mandamento deôntico – que, por sua vez, confere um ser a esse indivíduo em que será tido também como ente simplesmente dado, dessa vez no que se refere à sua apreensão como juridicamente inelegível.

Ainda será devidamente elucidado que o âmbito deôntico é intermediado e também se relaciona com a dimensão deontológica, em que os princípios ocupam função principal. A determinação deôntica relativa à configuração de uma pessoa como juridicamente inelegível há de encontrar algum respaldo na significação deontológica das demais normas como meio pelo qual os seres humanos de uma determinada comunidade procuram regulamentar a realização de projetos existenciais em comum.

Além disso, outro indício pode ser apontado em relação às hipóteses ainda preliminarmente formuladas.

Em sua obra, Neves começa a vislumbrar uma distinção realmente adequada no que se refere à classificação de normas em regras ou em princípios a partir do critério da referência a fins. Neves aponta que, embora esse parâmetro não seja apropriado a essa tarefa, as regras com referência a fins tendem a ser exauríveis com o cumprimento de seu conteúdo, ao passo que os princípios, ainda que plenamente realizados em um caso, tendem a ser inexauríveis ainda que sejam continuamente cumpridos.¹⁴⁸

Além do exemplo já mencionado, vale analisar outro, que se refere especificamente a uma norma com referência explícita a uma finalidade. Nesse sentido, a regra do art. 89 da Lei

“Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos; (redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010)

(...)”

¹⁴⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 35.

nº 7.210/1984¹⁴⁹ – Lei de Execução Penal – prevê, além dos requisitos dispostos no art. 88 dessa mesma Lei,¹⁵⁰ a obrigatoriedade, nos estabelecimentos prisionais femininos, da existência de creches para crianças desamparadas, com idade entre seis meses e sete anos, e cuja responsável estiver em cárcere, como finalidade destinada a promover a assistência da criança.

Ou seja, cumprido o mandamento deôntico que estabelece a necessidade de haver uma creche no estabelecimento apta a promover a assistência do infante cuja responsável está presa, a regra é, no caso, exaurida. Em um âmbito mais abrangente, caso todas as penitenciárias que abriguem presidiárias tenham em suas lotações creches em conformidade com os mandamentos desse dispositivo, não subsiste possibilidade, ao menos inicialmente, para a discussão posterior acerca do que significa essas regras com referência à sua finalidade.

A razão mais pormenorizada para isso parece ser a de que, as regras, por serem deônticas, são plenamente cumpridas ao definir o aspectos ôntico e deôntico concernentes ao caso, e, por conseguinte, relativos aos seres simplesmente dados. Já no caso de princípios que se referem a aspectos teleológicos, essa mesma relação, conforme já averiguado por Neves, não parece ocorrer, justamente pelo fato de os princípios não serem deônticos, conforme ainda será elucidado de forma mais detalhada.

Pois bem. Mas, pelo fato de as regras serem deônticas, e os seres humanos serem abertos ao ser – e, portanto, ontológicos, e possivelmente deontológicos –, parece ser possível conceber que, as regras, por si sós, não são aptas a regular de modo pleno as possibilidades humanas.

¹⁴⁹ Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal:

“Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (redação dada pela Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009)

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (incluído pela Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009)

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (incluído pela Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009)

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (incluído pela Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009)”

¹⁵⁰ Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal:

“Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).”

Nesse aspecto, são oportunas as seguintes considerações de Heidegger a respeito da insuficiência das comprovações e das relações averiguadas na realidade, principalmente daqueles referentes ao ser humano, por meio da simples aceção dos seres simplesmente dados:

“O “escândalo da filosofia” não reside em essa prova ainda inexistir e sim em sempre ainda se esperar e buscar essa prova. Tais expectativas, intenções e esforços nascem da pressuposição, ontologicamente insuficiente, de algo com relação ao qual um “mundo” simplesmente dado deve comprovar-se independente e exterior. Insuficientes não são as provas. O modo de ser desse ente que prova e exige provas é que se encontra subdeterminado. Daí nasce a impressão de que, comprovando-se a necessidade do dar-se em conjunto de dois seres simplesmente dados, algo se prova ou pode ser provado a respeito da presença enquanto ser-no-mundo. Entendida corretamente, a presença resiste a tais provas porque ela já sempre *é*, em seu ser, aquilo que as provas posteriores supõem como o que se deve necessariamente demonstrar.”¹⁵¹

Por essa advertência, deve-se buscar a dimensão mais densa do âmbito deontológico em outra espécie de normas, a saber, nos princípios.

3.1.2. Princípios como mandamentos jurídicos deontológicos.

Os princípios jurídicos, mesmo aqueles que têm referência a determinados objetivos, parecem estar inseridos em uma outra dimensão, ou em uma parte diferente do âmbito na qual as regras estão contextualizadas.

Novamente, para se conjugar as ideias que ainda serão expostas com relação aos modelos já descritos no primeiro capítulo, vale rememorar algumas das principais características a respeito dos princípios e concebidas pelos filósofos e juristas cujas teorizações foram avaliadas.

Para Dworkin, os princípios contêm uma dimensão de peso ou de importância que reportam a algo relacionado a alguma dimensão da moralidade. Os princípios irão garantir a resolução deontologicamente adequada de um determinado caso ainda que a legislação não preveja seu delineamento de forma expressa ou nítida. De acordo com Alexy, essa relação de peso ou importância dos princípios é aperfeiçoada caso essas normas sejam apreendidas como mandamentos a serem otimizados. A possibilidade desse cumprimento apenas parcial ou gradual somente apresenta maior sentido jurídico caso essa não satisfação de uma parcela do princípio seja compensada pelo cumprimento a maior de outro princípio colidente. Os

¹⁵¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 274.

princípios congregam não somente as possibilidades fáticas, como também as jurídicas, subjacentes à sua aplicação. Por fim, o modelo de Neves, além de vislumbrar essas relações à sua própria maneira, vai além e relaciona os princípios com relação aos demais âmbitos da realidade. A essa espécie de normas é conferida a relevante função de transmutar a complexidade desestruturada em uma realidade estruturável, que posteriormente será modificada em uma complexidade estruturada por meio da incidência das regras a partir da intermediação já realizada pelos princípios.

Além disso, a verificação de todos os outros vários critérios já avaliados pela filosofia jurídica quanto à distinção entre regras e princípios – como imprecisão, grau de generalidade, referência explícita a finalidades, possibilidade de incorporação de conteúdos axiológicos, entre diversos outros – mais do que ressuscitar uma possível confusão acerca da apreensão dos princípios, talvez possa ser compreendida de forma mais detida caso o critério deontológico, ou melhor, a diferença deontológica, seja indicada como parâmetro precípua na diferença entre regras e princípios.

A satisfação parcial e gradativa de um princípio somente é possível em virtude de o deontológico, como desdobramento do ontológico, não ser plenamente apreensível em cálculos ou relações precisas. Aliás, relações aritméticas ou mesmo estatísticas parecem se referir justamente ao âmbito ôntico da experiência humana, e não ao ontológico, cujas acepções dificilmente podem ser traduzidas nos termos dos entes simplesmente dados. Já em Dworkin, é admitido o fato de que a satisfação parcial a ser conferida a um princípio na resolução de uma controvérsia jurídica não pode ser uma apreensão exata.¹⁵² Ou seja, mesmo nos primeiros modelos conjecturados a respeito da diferença entre regras e princípios, já parece haver um indício do caráter deontológico dessa espécie de normas.

Na teoria de Alexy, também, a máxima da proporcionalidade, ao que parece, procura promover a realização otimizada dos princípios em virtude de todas as possibilidades propiciadas pelo caráter deontológico – e, portanto, aberto ao dever ser – dos princípios. As possibilidades jurídicas expressamente intermediadas durante a fase da ponderação se relacionam, conforme já sinteticamente salientado, à própria possibilidade de preceitos deontológicos e deônticos serem firmados a partir da imprevisibilidade das circunstâncias relacionadas ao âmbito ontológico.

Já no modelo de Neves, a abertura fornecida pelos princípios é explicitamente concebida como o critério central, ou ao menos um dos principais, no papel desempenhado na

¹⁵² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 26-27.

argumentação jurídica. Aqui, é oportuno salientar que a argumentação jurídica, de certa maneira, somente tem maior sentido quando é compreendida em consonância com a possibilidade de transformar ou não a realidade. Assim, talvez seja oportuno conjugar essas noções com as ideias de Dworkin a respeito da interpretação como forma de se conferir ao objeto sua melhor apreensão possível. O modelo de Neves é particularmente o mais sofisticado, quanto a uma possível diferença deontológica entre regras e princípios, pois explicitamente diferencia a tarefa de se transmutar, por meio dos princípios, a realidade desestruturada em estruturável e, somente após, mediante as regras, em complexidade estruturada.

Ao que parece, nessa empreitada, os princípios obtêm do ontológico, isto é, do ser, a possibilidade de ser formulado – ante todas as circunstâncias possivelmente apreensíveis por meio do ontológico – um preceito deontológico que – ao mesmo tempo que se mantém indeterminado, diferentemente do que ocorre com as relações relativas aos entes simplesmente dados – deve ter como fundamento a busca da manutenção de projetos ontológicos, isto é, da contínua preservação de entes existenciais em suas mais diversas possibilidades.

A despeito de nem todos esses princípios ou, na verdade, a minoria dos princípios jurídicos terem a finalidade expressa dessa manutenção de projetos existenciais, deve-se conceber que, ainda que de forma muito indireta, todos os princípios, em comparação com as regras, oferecem uma abertura de possibilidades consideravelmente maior – ou, aliás, deontologicamente diversa – daquelas possibilidades fornecidas em definitivo pelas regras.

Uma das evidências dessas ideias é justamente o fato de que, mesmo nos princípios que apontam para finalidades, não parece ser possível sustentar que o seu cumprimento foi plenamente exaurido por meio da sua aplicação.¹⁵³ O princípio da proteção da saúde, por exemplo, positivado no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,¹⁵⁴ ainda que seja realizado, em um determinado caso, em harmonia com a sua finalidade de promover a redução de riscos de doenças e outros agravos mediante políticas públicas, nunca será integralmente exaurido. Essa insubsistência da consecução do princípio permanecerá ainda que haja um perfeito sistema de saúde pública no território nacional.

¹⁵³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 35.

¹⁵⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Por essa razão, é possível formular a hipótese de que, no âmbito deontológico, decorrência possível da dimensão ontológica, o ser humano ainda busca um ser – nesse caso, um dever ser – que não lhe pertence e jamais lhe corresponderá de forma plena. O contínuo esforço pela realização de atos que promovam a saúde pública será, inevitavelmente, sucumbido diante a experiência finita dos seres humanos. Ainda que a hipótese referente ao princípio da proteção da saúde auxilie a ilustrar isso de modo mais nítido, essa relação pode ser apontada no que concerne a todos os demais princípios jurídicos.

Mas, se esse inevitável fracasso parece intrínseco à própria ideia da deontologia nas acepções pós-metafísicas ora formuladas, o que seria possível fazer? Se, no fundo, os princípios remontam a algo que nunca será plenamente atingido, não seria mais adequado retornar ao modelo das regras?

Ao que parece, não. A impossibilidade dessa tarefa é decorrência da própria constituição ontológica e paradoxal do ser humano. O que subsiste, conforme apontado pela filosofia de Heidegger, é a contínua subsistência da realização de infinitas possibilidades no decorrer da experiência temporalmente finita do ser humano. Portanto, os princípios devem ser compreendidos, como normas abertas à dimensão deontológica, com o escopo de reiteradamente tentar promover a manutenção ou a ampliação dessas possibilidades a partir do dever ser.

Nesse aspecto, novamente, parecem esclarecedoras as considerações de Heidegger. O filósofo alemão, ao refletir acerca do modo de ser-no-mundo em suas ocupações habituais com os entes manuais, chega à conclusão de que o que importa não é o ente simplesmente dado como tal, mas sim a utilização existencialmente humana que se faz do objeto. Especificamente no que se refere ao caso do simples e elucidativo exemplo do uso do martelo, Heidegger afirma:

“O martelar não somente não sabe do caráter instrumental do martelo como se apropriou de tal maneira desse instrumento que uma adequação mais perfeita não seria possível. Ao se lidar com o instrumento no uso, a ocupação subordina o seu ser para constitutivo do respectivo instrumento; quanto menos se fixar na coisa martelo, mais se sabe usá-lo, mais originário se torna o relacionamento com ele e mais desvelado é o modo em que se dá ao encontro naquilo que ele é, ou seja, como instrumento.”¹⁵⁵

Ou seja, nos âmbitos ontológico e deontológico, é somente na utilização desses conceitos, isto é, dos princípios jurídicos, que subjaz qualquer sentido à sua apreensão. A

¹⁵⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 117.

estrutura de uma norma jurídica, a despeito de importante, parece ser menos relevante que sua funcionalidade na tarefa de transformar a contingência fática por meio da incidência de preceitos deontológicos ou deônticos elaborados previamente à circunstância. Assim, os princípios, por se reportarem ao deontológico e, por conseguinte, à totalidade da existência humana no que se refere ao dever ser, somente ganham um sentido mais denso na experiência concreta dessa existência. É no “martelar” de um princípio que reside a maior parte de seu sentido, e não em seu texto.¹⁵⁶

Além disso, há outra ideia que merece ser firmada. É possível afirmar que há uma certa consonância do conceito de princípio ora formulado com o sentido do existencial cura desenvolvido por Heidegger como dimensão total da existência humana.

As regras, na quase totalidade dos casos, são aplicadas de acordo com uma lógica de se, então. Ocorre que os seres humanos não são delineados por essa lógica, ao menos não segundo a ontologia de Heidegger. Se há ser humano, então justamente carecerá a indicação clara de um ser que lhe pertence. Não é possível derivar qualquer relação plena da forma “se, então” no que diz respeito aos seres humanos. E é, a partir disso, aliás, que advém as suas próprias possibilidades.

Os princípios, portanto, apresentam uma maior conformidade em relação ao caráter do ser humano como um ser que já é enquanto tenta anteceder suas próprias possibilidades ao ser-no-mundo. O princípio da proteção ao meio ambiente, previsto no *caput* do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,¹⁵⁷ constitui um nítido exemplo de uma norma que não poderia ser apreendida de outra forma. Não há muito sentido em conceber o princípio da proteção ao meio ambiente como um substrato jurídico que irá resolver de forma plena e evidente os casos relacionados à sua possível aplicação. Esse princípio parece remontar a algo mais originário. É uma norma que indica a necessidade de o ser humano, no anteceder das suas possibilidades enquanto já é, se relacionar de tal forma com os demais entes que seja mantida uma observância à preservação do meio ambiente. Em termos mais práticos, esse princípio procura moldar relações jurídicas e políticas que, na dimensão da

¹⁵⁶ Essa apreensão, porém, não deve levar a uma radicalização pragmática dos princípios. Consoante advertido, os princípios, por realizarem a intermediação entre o ontológico e o deontológico, se reportam à existência humana como um todo, em seus diversos possíveis, especificamente no tocante ao dever ser. Os aspectos pragmáticos dessa experiência constituem apenas uma parcela, e não a totalidade da existência.

¹⁵⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
(...)”

experiência humana, continuamente procurem conferir importância ao equilíbrio dos aspectos ambientais da realidade.

Seja em âmbito individual ou coletivo, a elucidação dos existenciais elaborados por Heidegger auxilia a compreender de modo mais tangível as diversas possibilidades provenientes do próprio conceito de princípio jurídico.

Ocorre que, como os princípios estão relacionados à dimensão deontológica e, portanto, também ao âmbito ontológico, as possibilidades de sua aplicação sempre serão inúmeras. Qual será, então, o parâmetro a delinear a resolução de um caso em um ou outro sentido principiológico? Qual é o parâmetro adequado para a escolha por uma dentre as diversas possibilidades propiciadas pelo caráter aberto dos princípios jurídicos?

O exame das questões apontadas por essas indagações, de certa forma, novamente parece revelar a peculiar constituição ontológica do ser humano conjecturada por Heidegger. Ou seja, a relação ambígua da constituição do ser que é ausente no ser humano, talvez, também se manifeste, ainda que de forma consideravelmente mais tênue, na constituição jurídica do dever ser por meio da paradoxal relação entre regras e princípios jurídicos.

3.1.3. Complementaridade e tensão entre regras e princípios jurídicos.

A problemática e paradoxal relação entre princípios e regras é, conforme já apontado no primeiro capítulo, sobremaneira examinada por Neves.¹⁵⁸

O modelo de Neves, pautado nos papéis argumentativos exercidos pelos princípios e pelas regras na resolução de casos jurídicos e, também, na função desempenhada por cada uma dessas espécies de normas na compreensão auto-diferenciada do direito, afirma que os princípios, ao fornecerem as inúmeras possibilidades relacionadas a uma determinada conjuntura, acabam por empenhar a tarefa de modificar a complexidade desestruturada em uma realidade estruturável. Esse aspecto é de considerável relevo para a adequação social do direito em sociedades pós-metafísicas e pós-positivistas cada vez mais complexas.

A relação de complementaridade com as regras surge, então, no fato de que, ainda que obtenha êxito nessa transmutação, ainda será necessário algo que consiga transformar a realidade estruturável em um contexto estruturado. A partir de então, há inevitável incidência de regras que irão exercer essa função de decidir em definitivo em que moldes a realidade será ordenada.

¹⁵⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 89-170.

Ocorre que essa vinculação entre regras e princípios é, não apenas complementar, mas, também, de forma paradoxal, tensa. Os princípios se atêm às inúmeras peculiaridades da realidade contingente na qual estão inseridos, ao passo que nas regras isso não parece ser de significativo relevo, ou ao menos não é o aspecto precípuo que determina a aplicação dessa espécie de norma. Os princípios, ao abrirem diversas perspectivas mediante as quais o caso pode ser resolvido, acabam por multiplicar os aspectos já problemáticos de uma conjuntura emblemática. As regras, então, em tensão com os princípios, extirpam da resolução dos casos todas as possibilidades que lhes são subjacentes a não ser uma. Além dessa relação já tensa entre regras e princípios, as regras, mesmo que operem de forma restrita em relação às possibilidades propiciadas pelos princípios, paradoxalmente, carecem de sentido sem a sua intermediação com a realidade por meio dessa outra espécie de normas.

De acordo com Neves, essas relações paradoxalmente complementares e tensas podem ser parcialmente resumidas nos seguintes termos:

“Em suma, pode-se concluir a respeito do exposto neste item: os princípios constitucionais como normas no plano da observação de segunda ordem de casos a decidir e normas de decisão são estruturas reflexivas em relação às regras; a relação entre princípios e regras implica uma relação circular reflexiva na dimensão da estática jurídica; a concretização constitucional exige uma regra completa (“norma geral”) como critério imediato para a adequação do caso mediante a norma de decisão; há uma impossibilidade prática de aplicação de princípios sem a intermediação de regras, sejam estas (atribuídas diretamente a dispositivos) legais ou constitucionais ou construídas (atribuídas indiretamente ao texto constitucional) jurisprudencialmente; a argumentação focada excessivamente em princípios constitucionais é sobremaneira falível, deixando espaço para que superem as próprias regras constitucionais desenvolvidas a partir dela.”¹⁵⁹

No que diz respeito às elucubrações tecidas neste tópico do trabalho, talvez as relações verificadas acima possam ser novamente descritas em outros termos.

A relação entre regras e princípios é complementar, pois, assim como o âmbito ôntico realiza a intermediação da abertura de possibilidades propiciadas pela dimensão ontológica, na esfera deontológica, o deôntico é responsável por definir o dever ser simplesmente dado a partir das inúmeras possibilidades relacionadas ao dever ser em aberto. Por essa razão, há de existir uma estreita relação de consonância entre o preceito deontológico formulado em aberto e o mandamento deôntico que irá ser responsável por, em última instância, transmutar a realidade ôntica e ontológica por meio da incidência do campo do dever ser.

¹⁵⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 140-141.

Conforme já de certa forma antecipado, ideias da filosofia jurídica contemporânea como a diferenciação entre discursos de justificação e discursos de aplicação, a máxima da proporcionalidade, e os procedimentos concernentes à teoria discursiva do direito, cada uma dessas apreensões ao seu próprio modo, propõem modelos que procuram fornecer as maneiras mais adequadas de se proceder a essa transformação.

De forma paradoxal, essa relação entre regras e princípios, além de complementar, também é conflituosa em termos ontológicos. De forma mais abrangente, essa tensão pode ser averiguada pela própria ambiguidade na constituição ontológica e existencial do ser humano. Esse ente é o único que, ainda que aberto ao ser, e justamente por isso, não possui um ser em definitivo. Por isso, tem de ser sempre um ser que não lhe pertence, e só o é quando não é o ser desses seres que não lhe dizem respeito, os seres dos entes simplesmente dados.

A configuração tensa entre regras e princípios é apenas um modo muito específico das relações paradoxalmente ambíguas que ocorrem continuamente ao longo da existência humana.

Os princípios jurídicos apontam para um dever ser em aberto, que nunca será intermediado de forma plena pela regra, uma vez que essa espécie de norma determina a faz a incidência jurídica retornar ao âmbito ôntico-deôntico, em que o deve ser aplicado ao caso já não mais é aquele dever ser indicado pelo princípio.

De certa forma, essas apreensões, embora trabalhadas de maneira significativamente diversa, já aparecem em algumas ideias da filosofia jurídica contemporânea.

Alexy, ao ponderar que, ainda que uma determinada ordem jurídica fosse integralmente composta por princípios, mesmo assim haveria normas com as características de regras, uma vez que seriam atribuídas de forma indireta pelas relações de colisão e confluência entre princípios. Segundo o filósofo jurídico alemão:

“Diante disso, pode-se afirmar: como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direito fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios – o que, como ainda será demonstrado, não ocorre –, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras.”¹⁶⁰

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 102.

A atribuição de normas de direitos fundamentais indiretas por meio da formulação de regras obtidas jurisprudencialmente pela ponderação entre princípios é uma das diversas formas possíveis de se intermediar a realização concreta de uma transformação no âmbito ôntico e deôntico por meio da observância aos parâmetros deontológicos concernentes ao caso. A máxima da proporcionalidade, nesse sentido, é, ao contrário do que alguns possam conceber, uma das diversas possibilidades de concretização dessa tarefa. E, nessa intermediação entre todas essas dimensões, é possível que o dever ser em aberto forneça razões outras além daquelas a serem implementadas pela regra do preceito deôntico estabelecida de forma expressa.

Assim, as regras, ainda que constituam razões definitivas e plenamente relacionadas a um dever ser simplesmente dado, poderiam ser modificadas de acordo com uma conformação mais adequada dos princípios, que devem nortear a intermediação entre o ontológico e o deontológico da maneira mais harmônica possível.

Nessa empreitada, pode ser que seja verificado que a conformação ou alteração parcial de uma regra atende em maior consonância aquilo exigido pelo preceito deontológico.

Na maior parcela dos casos, essa possibilidade não é admitida em virtude da importância conferida ao princípio da segurança jurídica como fundamento precípua, ou ao menos como um dos principais alicerces de qualquer ordem jurídica contemporânea. O possível rompimento com esse princípio por conta da observância de outro dá ensejo a que, em outros casos, o princípio da segurança jurídica possa ser superado para a aplicação de outros mandamentos não expressamente estabelecidos no ordenamento jurídico.

Ocorre que, em algumas circunstâncias, essa pouca observância ao princípio da segurança jurídica pode acarretar uma compreensão inadequada da própria coerência deontológica do ordenamento jurídico e acarretar situações em desconformidade com a já delicada relação travada entre as normas jurídicas e a realidade.

Essas relações problemáticas advindas da utilização irrefletida dos princípios também é delineada de maneira particularmente detalhada por Neves, sobretudo no que se refere à apreensão doutrinária e jurisprudencial da distinção entre regras e princípios na conjuntura brasileira atual.¹⁶¹

Ainda assim, pode ser admissível, em circunstâncias excepcionais, a modificação ou conformação da regra em virtude de outros princípios que, na contingência de uma

¹⁶¹ Em relação a isso, vale conferir: NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 171-220.

determinada situação, revelem uma maior aptidão para a adequada resolução da controvérsia em comparação com simples aplicação da regra apoiada no princípio da segurança jurídica.

O próprio Alexy, que defende uma certa primazia do âmbito das regras em relação à dimensão dos princípios, admite que, em hipóteses excepcionais, o princípio da vinculação ao teor literal do texto constitucional pode ceder em face de outro princípio cuja não incidência ao caso implicaria uma circunstância significativamente desarrazoada.¹⁶²

Neves, cujo modelo parece ser o mais sofisticado para elucidar as complexas e contraditórias relações entre as regras e os princípios, e que tem especial interesse em afastar uma utilização exacerbada do âmbito principiológico, também admite que regras possam ser, por vezes, sopesadas, ou até mesmo conjugadas com outros princípios, de forma que eventualmente surja uma incidência diversa daquela inicialmente estabelecida por essa espécie de norma.¹⁶³

Como exemplo dessa possibilidade, vale ressaltar a decisão¹⁶⁴ que, ao ponderar sobre a tipificação dos crimes de aborto praticado pela gestante e de aborto provocado por terceiro, tipificados nos artigos 124¹⁶⁵ e 126¹⁶⁶ do Código Penal, respectivamente, decidiu por afastar a possibilidade da existência desses delitos na hipótese de o feto ser anencéfalo, em virtude dos princípios da dignidade da pessoa humana,¹⁶⁷ da legalidade,¹⁶⁸ da autonomia da vontade¹⁶⁹, da proteção da saúde,¹⁷⁰ entre outros.

¹⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 139-141.

¹⁶³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 62-63.

¹⁶⁴ Essa decisão é a do plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, tomada em sessão realizada no dia 12 de abril de 2012: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Relator: Marco Aurélio Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, 30 de abril de 2013. A despeito de ser possível criticar o acerto desse julgado por conta de outros princípios que talvez levassem a decisão a um sentido contrário – tais como o da segurança jurídica, da separação de poderes, da proteção à vida humana, entre outros – a menção a esse julgamento consta como registro de que a conformação de regras por intermediação dos princípios é, no mínimo, possível. Em sociedades cada vez mais complexas, parece ser difícil sustentar uma manutenção da observância dessas decisões aos padrões já ultrapassados do positivismo jurídico. Ainda assim, poderia ser sustentada a necessidade um retorno a esse modelo, por conta do equívoco na acepção pós-positivista do direito. As observações a respeito desse outro debate serão ainda serão realizadas em momento oportuno desse trabalho.

¹⁶⁵ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal:

“Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.”

¹⁶⁶ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal:

“Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.”

¹⁶⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

Na maior parte dos casos, porém, é possível afirmar que o princípio da segurança jurídica, e talvez o próprio princípio da legalidade como corolário mais rígido do primeiro princípio, deverão nortear a resolução dos casos em que haja a aplicação evidente de uma regra, justamente pelo fato de que, em sociedades cada vez mais complexas, a utilização de princípios colidentes que possivelmente acarretem aplicações inovadoras da regra poderão ensejar, do ponto de vista contingencial, consequências e circunstâncias em desconformidade com o teor deontológico do direito, por conta da imprevisibilidade intrínseca ao que advém dos âmbitos deontológico e ontológico. A necessidade dessa cautela parece ser ainda mais evidente sobretudo em contextos nos quais a ordem jurídica é disciplinada por um texto constitucional relativamente rígido e bastante analítico, como, por exemplo, o da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ainda assim, o fato de uma determinada aplicação inovadora da regra – em virtude do auxílio de princípios contrários, no caso, ao da segurança jurídica – não ocorrer na maior parte das hipóteses não demonstra que essa aplicação não é possível, mas justamente o contrário.

A superação dessa disposição plenamente regrada do direito, porém, não é resultado do retorno de preceitos jusnaturalistas no âmbito do direito. Representa, ao contrário, a possibilidade de haver, no caso, um dever ser deôntico em maior conformidade com aquilo exigido pelo dever ser deontológico, o qual, por sua vez, é uma dimensão da realidade infensa à metafísica transcendental.

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)”

¹⁶⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)”

¹⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)”

¹⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

3.2. O fim da metafísica jurídica transcendental?

A compreensão do caráter deontológico das normas jurídicas a partir do âmbito ontológico atento à questão do ser em geral, embora realizada de modo talvez ainda rudimentar neste trabalho, auxilia a conceber outra questão talvez não plenamente teorizada, ou ao menos não muito posta em discussão pela filosofia jurídica contemporânea – a de que, sob uma perspectiva ontológica, talvez o jusnaturalismo e o positivismo jurídico não sejam tão distintos quanto comumente se supõe.

De acordo com a ontologia fundamental de Heidegger, o enfrentamento da questão do sentido do ser não é auxiliada por uma possível apreensão do ente em sua totalidade. Na verdade, segundo o filósofo alemão, quanto mais se afasta do ser em geral para procurá-lo nos entes simplesmente dados, menos êxito haverá no enfrentamento da questão do sentido do ser. Para Heidegger, o entendimento mais aperfeiçoado do ponto de vista ôntico é justamente o que carece de maior significado ontológico.¹⁷¹

As considerações de Heidegger, por certo, talvez possam ser questionadas, e apontadas, em comparação com a filosofia anterior à sua ontologia fundamental, como igualmente metafísicas. Contudo, o que parece difícil de ser refutado é o fato de Heidegger não procurar o fundamento de sua ontologia em apreensões metafisicamente transcendentais, e sim – na hipótese mais radicalizada em desfavor de seus alicerces filosóficos – em uma metafísica existencial.

O fato de Heidegger permanecer em um solo existencial auxilia, e na verdade permite, que as suas apreensões possam ser questionadas e discutidas com fundamento na própria experiência humana. O desdobramento dos modos de ser do ser humano como linguagem, disposição e compreensão são certamente mais tangíveis que a caracterização do ser humano como algo proveniente do divino ou como um animal racional.

O aspecto formal e em aberto da filosofia de Heidegger auxilia a compreensão de que todas essas acepções são possíveis, embora nenhuma dessas seja, em si, comprovável como o fundamento precípua da existência humana. A atenção da ontologia fundamental do filósofo continental alemão a todas as possibilidades humanas é adequada para uma eventual formulação jurídica no contexto de comunidades tidas como pós-metafísicas.

A teoria discursiva do direito de Habermas, que procura congrega todas as possibilidades de realização de ações humanas por meio da sua tradução em discursos

¹⁷¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 87.

procedimentalizados, já parece oferecer uma alternativa viável às tarefas incumbidas às sociedades pós-metafísicas. O que a ontologia de Heidegger poderia acrescentar, porém, seria o fato de o discurso, como desdobramento da linguagem – apesar de ser o domínio próprio para a tomada de decisões – ser apenas um dos vários âmbitos da experiência humana. É possível que, no futuro, haja outra forma além do discurso em que os seres humanos poderão melhor delinear os processos e os atos decisórios de suas sociedades.

Em virtude de estar alicerçada em uma metafísica existencial, seria difícil sustentar uma comprovação puramente racional e científica da caracterização ontológica do ser humano conjecturada por Heidegger. O filósofo, por seu turno, aponta que, na verdade, são justamente as ciências que, ao serem fundadas na busca pelo ente simplesmente dado, e perderem de vista o ser, acabam por se firmar em solos metafísicos.¹⁷²

A discussão possivelmente jamais será delineada caso ambos os lados apontem a posição contrária como metafísica.

Entretanto, Heidegger tem a seu favor o fato de que, fenomenologicamente e, até mesmo historicamente, suas descrições parecem, no que concerne à existência humana, mais acertadas que as teorizações mais pormenorizadas dos conhecimentos científicos a respeito do ser humano. Em comparação com o domínio da filosofia jurídica, esse acerto parece ainda maior.

A destruição de divindades, as revoluções políticas e tecnológicas marcantes dos últimos séculos e as mais diversas formas de cultura já averiguadas na experiência humana parecem apontar para o fato de que, por mais sofisticada que seja, qualquer tentativa de descrição causal desses fenômenos estará fadada ao fracasso. O ser descrito por Heidegger parece ser menos metafísico que os diversos entes já descritos pelo conhecimento humano que tentaram ocupar seu lugar, e que reiteradamente fracassaram nessa empreitada.

Por essas razões, pode-se repisar que, até que haja alguma evidência mais concreta que consiga pôr em xeque as elucidações formais de Heidegger a respeito do ser humano, sua filosofia deve ser, ao menos, levada em consideração na busca pela concretização de uma ordem jurídica pós-positivista e, sobretudo, pós-metafísica.

Ao fazê-lo, será revelado, ou ao menos indicado, que tanto o positivismo jurídico quanto o jusnaturalismo são erráticos na mesma acepção – a de que um domínio da experiência humana poderia ser fundada na compreensão total, ou supostamente total, dos entes simplesmente dados.

¹⁷² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. P. 89-95.

A substituição de um ente natural por outro científicizado ou positivado continua desatenta à questão do ser, e, principalmente, à apreensão do ser humano como único ser realmente aberto ao ser e, por conseguinte, ao dever ser. Apesar de ter parcialmente obtido êxito na extirpação das noções metafísicas e transcendentes do jusnaturalismo, o positivismo jurídico não parece ter compreendido o real primado ontológico do ser humano.

No paradigma pós-positivista do direito, a acepção deontológica do direito realizada pelos princípios talvez possa definitivamente superar a metafísica transcendental averiguada ao longo de quase toda a história do pensamento jurídico.

3.2.1. Do princípio regrado ...

A despeito de o que será exposto nas linhas a seguir ser possivelmente controverso e equivocado de acordo com concepções mais especializadas da filosofia e da história do direito, é possível afirmar que, ao menos segundo uma interpretação possível da filosofia de Heidegger, tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo jurídico parecem se sustentar em uma ideia semelhante – a possibilidade de uma ordem jurídica ser fundada por um fundamento único e primordial.

Por óbvio, o jusnaturalismo, paradigma que norteou a acepção do direito ao longo de séculos, possui as mais diversas vertentes. Seria equivocado reduzir e simplificar as inúmeras apreensões do direito natural a partir de uma exposição sucinta e sintética. Em virtude disso, cumpre salientar um aspecto que parece predominante ou ao menos central na maior parcela dessas vertentes jusnaturalistas – a possibilidade de o direito ser fundado, ou melhor, ser revelado, por meio de um elemento capaz de demonstrar ou descobrir a verdade subjacente à natureza das coisas.

Na antiguidade, as categorias eram tidas como adequadas para a descrição e explicação da realidade, cujas concepções primordiais eram também incorporadas ao direito. Junto a isso, diversas acepções religiosas moldavam a forma pelo qual o direito era formulado e imposto aos membros dessas comunidades ainda metafísicas. Ao longo do período medieval, a divindade absoluta substitui qualquer concorrência entre essas categorias e outras religiosidades e passa a explicar e embasar tudo a partir e em virtude de Deus como próprio ser supremo do qual derivam todas as demais coisas.

De forma mais minuciosa, Neves descreve essas concepções do direito, ou da normatividade verificada em sociedades antigas, como decorrência de um contexto no qual os

conceitos de verdade e validade permaneciam absolutamente indissociáveis.¹⁷³ Por sempre se revelar como provenientes da verdade religiosa, ou ao menos da verdade metafísica, a validade normativa dessas comunidades jamais poderia ser colocada em xeque. A compreensão do direito, nessas sociedades, advém de uma manifestação de um fundamento mor responsável por descrever e embasar a verdade da realidade como um todo.

Do período histórico que vai do renascimento ao iluminismo, a razão passa a tentar substituir o ente divino – mesmo que ainda em vinculação com a divindade – como aspecto apto a fundamentar o conhecimento e os demais âmbitos da experiência humana. Não obstante, o direito continua a ter sua validade atrelada à verdade – agora a ser revelada pela razão – como elemento capaz de nortear a ordem jurídica.

Em todos esses contextos, ainda que radicalmente distintos entre si e, embora tratados aqui de forma significativamente simplista, há um elemento em comum que pode ser salientado – a busca de um ente do qual derivaria a verdade e, portanto, a própria validade normativa do direito.

Somente a partir do positivismo jurídico, conforme salientado por Neves,¹⁷⁴ parece surgir a possibilidade de se diferenciar a validade jurídica de um conteúdo metafísico tido como verdade absoluta.

Nesse ponto, aparece a primeira ruptura histórica do direito, ou pelo menos do direito ocidental, com a metafísica transcendental. O ordenamento jurídico já não mais pretende ser sustentado a partir de um conceito imutável e universal de verdade apto a resolver todas as controvérsias atinentes à experiência humana. O positivismo jurídico procura demonstrar que, ao invés, os próprios seres humanos possuem a capacidade – inclusive com base na razão como elemento já sofisticado pelas teorizações mais aperfeiçoadas do jusnaturalismo – de reger sua vida em sociedade por meio das suas próprias decisões.

¹⁷³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 113-114. Novamente, nesse aspecto, são oportunas as considerações de Heidegger. Ainda que de modo consideravelmente moroso, esse caráter indissociável foi, empírica e historicamente, extirpado em todas ou na maior parte das sociedades humanas, ou teve ao menos seus elementos de verdade substituídos por outros conteúdos metafísicos de idêntica pretensão. A própria possibilidade dessa eliminação de verdades reveladas de forma metafísica parece revelar o caráter ontológico do ser humano como um ente que continuamente se transforma, ainda que contextualizado em tradições de divindades firmemente enraizadas na experiência humana. O fato de essas verdades serem substituídas não comprova o fato de não existirem, mas demonstra a possibilidade de o ser humano procurar outras verdades, o que somente pode ser explicado, em termos ontológicos, por sua diferença em relação a todos os demais entes.

¹⁷⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 114-115.

O próprio positivismo jurídico é, também, continuamente aprimorado em diversas vertentes e, historicamente, os modelos mais sofisticados desse paradigma remontam às obras de Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart.

Novamente nas apreensões simplistas e possivelmente reducionistas ora apresentadas, o modelo de Kelsen, de viés científico, procura eliminar do conceito de direito quaisquer apreensões alheias ao objeto precípua do âmbito jurídico, a norma. Após formular sua hierarquização das normas, Kelsen chega ao conceito de norma fundamental como pressuposto lógico e formal imprescindível para a compreensão adequada de uma conjuntura jurídica.

Hart, já de forma mais próxima às apreensões interdisciplinares atualmente averiguadas nos modelos do pós-positivismo jurídico, parece formular a própria norma fundamental de seu modelo – a regra de reconhecimento – pautado em concepções mais tangíveis. Conforme já descrito, Hart concebe a regra de reconhecimento como a norma basilar de um ordenamento jurídico que irá disciplinar o modo pelo qual as regras secundárias poderão ser criadas, as quais, por sua vez, determinam como as regras primárias podem ser também promulgadas, as quais, por fim, orientam normativamente a vida em conjunto.

Aqui, é oportuno novamente elucidar os principais aspectos apontados por Dworkin como hábeis a descrever o positivismo jurídico em seus modelos mais aprimorados.¹⁷⁵

O primeiro aspecto sustenta que o direito deve ser pautado em regras que ordenam a vida em conjunto de uma determinada sociedade, as regras primárias. Essas regras são formuladas com o auxílio de outras normas, de cunho mais procedimental, as regras secundárias, que determinam como as regras primárias podem ser formuladas. Como progressão lógica das regras secundárias, a regra de reconhecimento, sobretudo no modelo de Hart, aparece como ideia chave para a compreensão do direito em termos positivistas.

Já o segundo aspecto afirma que, na ausência de uma regra expressa apta a indicar a resolução de uma controvérsia jurídica, o julgador dispõe de discricionariedade para decidir o caso de acordo com suas próprias aceções sobre a controvérsia.

A terceira e última característica do positivismo, então, afirma, de certa forma como decorrência conjugada das duas anteriores, que é impossível conceber a existência de direitos prévios à legislação positivada. A mera reflexão sobre essa existência ser possível, de acordo com o positivismo jurídico, representaria um regresso ao jusnaturalismo.

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 17-19.

Ao que parece, de acordo com as explanações realizadas ao longo deste trabalho, o positivismo, ao procurar expurgar a metafísica transcendental do direito, parece ter sido capaz de manter o seu caráter deontológico apenas no que diz respeito ao primeiro aspecto, e ainda assim, somente de forma parcial.

Decerto, a ruptura dos conteúdos normativos provenientes de uma validade metafísica parece ocorrer pelo caráter hierarquizado e procedimentalizado da formação do direito nos arquétipos positivista. A implementação do que deve ser por meio da imposição de normas elaboradas por parte daqueles justamente disciplinados por essas regras constitui o primeiro passo na superação da metafísica transcendental presente de forma nítida no jusnaturalismo.

Isso, entretanto, por si só, não garante a observância dos mandamentos normativos ao âmbito deontológico e pós-metafísico da existência humana.

As críticas formuladas por Dworkin parecem de alguma forma residirem nessa ideia. O fato de não haver legislação não constitui motivo suficiente para que seja ignorada a possibilidade de um julgador procurar a aplicação de outro preceito normativo atento ao dever ser como âmbito a partir do qual os seres humanos orientam suas existências em comum. Caso essa possibilidade fosse desprezada, e a crítica radicalizada, então seria até mesmo incoerente sustentar a possibilidade também de preceitos deontológicos serem positivados por meio da legislação.

Em algum ponto, o positivismo jurídico deve admitir que a formulação de preceitos deontológicos de fato ocorre e justifica a própria razão de ser do direito, a não ser que admita, ao contrário, que o direito seria reduzido ou atrelado à política como âmbito do qual depende a sua própria existência.

A crítica de Dworkin é contundente. O fato de um direito não estar previsto na legislação não comprova que esse direito não existe. Demonstra, ao revés, que a garantia desse direito é possível em outra instância, no âmbito do judiciário.¹⁷⁶

Essas críticas ao positivismo jurídicos serão elucidadas de forma mais detida no subtópico seguinte deste trabalho.

Por ora, é preciso apenas, mais uma vez com o apoio da ontologia fundamental de Heidegger, apontar o equívoco comum ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico.

¹⁷⁶ Porém, talvez seja necessário reiterar a crítica de que Dworkin, em seguida, parece perder de vista a dimensão deontológica – isto é, a do dever ser em aberto – do direito ao reduzir a sua compreensão ao âmbito deôntico, e afirmar que somente uma solução seria apta a resolver uma determinada controvérsia.

O direito, a princípio, somente pode ser apreendido como parte da dimensão deontológica da realidade social, a não ser que se admita a sua redução a outro campo do domínio humano, como a política ou a economia.

No jusnaturalismo, o deontológico provinha de entes superiores – como as categoriais ontológicas, as religiosidades, a própria divindade, a razão, entre outros – capazes de revelar a verdade e a validade subjacentes ao direito.

O positivismo jurídico, por sua vez, ao tentar expurgar esses entes como adequados para a compreensão da ordem jurídica, os substituíram pela própria escolha humana como instância última capaz de delinear a normatividade do direito. Contudo, ao fazê-lo, o positivismo jurídico apreendeu o ser humano como ente simplesmente dado, e procurou reduzir, ou ao menos congrega, todas as possibilidades normativas a uma regra de reconhecimento, ou a uma norma fundamental.

Porém, a filosofia de Heidegger explica que o ser humano não pode ser plenamente subsumido a uma compreensão ôntica, eis que é o único ser que, por ser aberto ao próprio ser, é ontológico. À caracterização existencial humana foge qualquer possibilidade de um regramento ôntico.

Nas palavras do próprio filósofo:

“A abundância de conhecimentos disponíveis das culturas e formas de presença mais diversas e mais distantes parece favorecer o desenvolvimento frutífero dessa tarefa. No entanto, isto é apenas uma aparência. No fundo, tal acúmulo de conhecimento leva apenas a se desconhecer o problema propriamente dito. A comparação sincrética de tudo com tudo e a redução de tudo a tipos ainda não garante de per si um conhecimento autêntico da essência. A possibilidade de se dominar a multiplicidade dos fenômenos num quadro de conjunto não assegura uma compreensão real do que é assim ordenado. O princípio autêntico de ordenamento tem seu próprio conteúdo que nunca poderá ser encontrado pelo ordenamento, já que este já o pressupõe.”¹⁷⁷

Em última instância, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico cometem o mesmo equívoco ontológico – reduzem o direito a um fundamento já pressuposto, sempre alheio ao ser como âmbito do qual poderá ser derivado o dever ser.

A dimensão principiológica proporcionada pelo pós-positivismo jurídico parece oferecer, talvez pela primeira vez na história do pensamento jurídico, uma acepção minimamente atenta à questão do dever ser como proveniente da constituição ontológica e aberta da existência humana.

¹⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 96-97.

3.2.2. ... À regra principiológica do direito contemporâneo.

A segunda metade do século XX, tanto sob uma perspectiva histórica relacionada à moralidade ou à falta de moralidade dos principais acontecimentos políticos globais quanto outra relativa à própria dinâmica imprevisível advinda de relações sociais e políticas cada vez mais complexas, acaba por revelar que o modelo do positivismo jurídico é insuficiente para sustentar as ordens jurídicas contemporâneas.

Em sua acepção científica, o positivismo jurídico é criticado por parecer insatisfatório e, em certos aspectos, inútil para uma compreensão mais concreta acerca de como regular a vida em sociedade de uma maneira minimamente adequada. O fascínio ao aspecto lógico na teoria de Kelsen, embora seja de significativo relevo para uma acepção mais pormenorizada do aspecto formal do direito, parece ser incapaz de propor soluções mais concretas para um ramo do domínio humano que é, em si, prático.

Além disso, a imprevisibilidade de relações advindas de uma dinâmica globalizada cada vez mais norteadas pelas inovações tecnológicas e pela crescente velocidade das transformações sociais revela a insuficiência na compreensão deontológica do direito apenas a partir do âmbito legislativo.

Esse insucesso do modelo positivista pode ser explicado, também, em termos ontológicos. Ao tentar regular tudo, ou a maior parte das relações sociais significativas, o arquétipo positivista acaba por esquecer que, por detrás do ontológico, surgirá algo necessariamente imprevisível e que não será plenamente vislumbrado pelas regras deônticas. Ao conferir a responsabilidade pelo delineamento dessas hipóteses à discricionariedade do julgador, o positivismo indica um modelo que, apesar de ser possível, não parece ser o mais adequado para assegurar o caráter deontológico do direito. Daí o solo propiciado para as críticas que logo sustentariam o novo paradigma da filosofia jurídica contemporânea, o pós-positivismo.

Entretanto, algo curioso que deve ser ressaltado é o fato de que, ainda que não nos termos da filosofia de Heidegger, os aspectos ontológicos subjacentes ao direito já são conhecidos desde os padrões positivistas. Hart, ao apontar a noção de jurisprudência mecânica como inadequada para a implementação do direito positivo, afirma que:

“Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado por somente um número finito de características, e se essas todas, juntas com todos os modos em que poderiam ser combinadas, também fossem conhecidas por nós, então poderia ser antecipada uma provisão para cada possibilidade. Tudo seria conhecido e, para tudo, já que poderia

ser conhecido, algo poderia ser feito e especificado de antemão pela regra. Esse mundo seria um mundo adequado para a jurisprudência mecânica.”¹⁷⁸

Logo em seguida, finaliza ao concluir que:

“Claramente esse mundo não é o nosso mundo; legisladores humanos não podem ter tal conhecimento acerca de todas as combinações possíveis das circunstâncias que o futuro eventualmente trouxer. Essa falta de habilidade para prever de antemão traz consigo uma relativa indeterminação do objetivo a ser alcançado.”¹⁷⁹

Aparentemente, Hart percebe a constituição ontológica do mundo, ou melhor, da realidade e, em seguida, por conta da impossibilidade de uma determinação plena dessa dimensão, atribuiu ao âmbito ôntico do julgador a responsabilidade para delinear a controvérsia jurídica da forma mais adequada quando inexistente a regra que tenha antecipado a resolução de sua hipótese. Essa lógica parece ser necessária para a própria manutenção já ôntica e deôntica de todo o modelo do positivismo jurídico, apesar da admissão explícita por parte de seus pressupostos de que a imprevisibilidade do mundo não cabe em uma regra.

O pós-positivismo jurídico, em resposta, afirma que o âmbito deontológico do direito há de ser assegurado ainda que inexista sua previsão no ordenamento jurídico. Por ter bases filosóficas ainda muito recentes, o pós-positivismo, a uma primeira impressão, parece apresentar semelhanças com o jusnaturalismo.

Isso ocorre com ainda maior evidência em teorizações como a de Dworkin que concebe em um juiz idealizado – Hércules – a possibilidade de a integridade deontológica do direito ser mantida nas decisões jurídicas, principalmente naquelas em que não há referência explícita na legislação para a solução do caso.

No modelo de Dworkin, Hércules está a um passo do ressuscitar de um ideal ôntico ou deôntico a assegurar a correção absoluta do direito.

Na melhor das hipóteses, esse modelo deve ser concebido como um norte para que os julgadores – seres humanos – sejam continuamente empenhados em considerar os aspectos deontológicos – e, por isso mesmo, elementos relacionados ao dever ser em aberto –, em suas decisões, em vez de simplesmente voltar ao plano ôntico ou deôntico como âmbito adequado para a decisão em um ou outro sentido.

As frequentes indicações de que alguns filósofos jurídicos contemporâneos, em especial, Dworkin, na verdade se aproximam de um possível retorno do jusnaturalismo, ainda

¹⁷⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 125. O trecho citado foi traduzido pelo autor deste trabalho.

¹⁷⁹ *Ibidem*. p. 125. A tradução do trecho reproduzido foi feita pelo autor do presente trabalho.

que de forma aperfeiçoada, parece ocorrer por ser difícil a própria acepção do direito como âmbito inevitavelmente paradoxal e necessariamente em aberto por conta da própria caracterização ontológica do ser humano. Neves, em particular, descreve como a construção paulatina dos princípios acabou por substituir o embasamento jusnaturalista do direito.¹⁸⁰

Um domínio da experiência humana que sempre se propôs completo em si mesmo e ordenado de maneira absolutamente racional – seja no jusnaturalismo, seja no positivismo jurídico – dificilmente admitirá sua configuração deontológica como imprevisível e continuamente em aberto e, por isso, sempre incompleta.

Daí, por vezes, a impressão de que os avanços da filosofia jurídica não passam de o vai e vem de um pêndulo sempre focado em algo diferente para a explicação dos mesmos fenômenos.¹⁸¹ Nesse sentido, o pós-positivismo jurídico seria somente uma nova vertente do jusnaturalismo.

Contudo, há certos avanços em termos filosóficos, ou ao menos aprimoramentos, que merecem ser apontados.

Alexy, por exemplo, sustenta a impossibilidade de haver o estabelecimento de relações absolutas em abstrato,¹⁸² o que parece se contrapor às noções jusnaturalistas, sempre fundadas em algum elemento inquestionável. Por isso, as normas jurídicas, principalmente os princípios, são responsáveis por intermediar a relatividade das circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes à hipótese rumo à resolução mais otimizada proveniente da colisão ou do conflito entre as normas pertinentes ao caso.

Em termos ontológicos e deontológicos, o que isso significa? A máxima da proporcionalidade e a lei da colisão teorizadas por Alexy avaliam as circunstâncias deontológicas e deonticas derivadas do ontológico e apontam, conforme uma racionalidade própria das apreensões de Alexy, para a solução a ser implementada na dimensão deontica, isto é, no domínio do dever ser simplesmente dado. Ao que parece, há um considerável avanço – sob a perspectiva da superação da metafísica jurídica transcendental – em relação às ideias de Dworkin, sobretudo as noções amparadas no modelo idealizado e, portanto, simplesmente dado, personificado na figura de Hércules.

¹⁸⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 117-118.

¹⁸¹ A crítica deve ser atenuada pelo próprio autor do trabalho. Essa evolução da filosofia jurídica, ainda que pendular, sempre parece se pautar em e apontar para ideias cada vez mais sofisticadas. Além disso, talvez reduzir a questão dos avanços da filosofia jurídica a somente dois pólos seja um problema da crítica que lhe é feita, e não da filosofia jurídica em si. Por fim, ainda que persistente, essa crítica, quiçá, poderia ser realizada em relação à própria filosofia de uma forma geral.

¹⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.p. 97.

Ainda assim, o modelo de Alexy poderia ser criticado por seu apego metafisicamente ôntico em relação ao próprio método, constituído pela conjugação da máxima da proporcionalidade com a lei da colisão. Na teoria do filósofo jurídico alemão, os princípios apreendem o caráter deontológico do direito, porém, em seguida, são processados por meio de uma metodologia que em alguns aspectos pode ser apontada como mais próxima do âmbito ôntico e mais distante da dimensão ontológica. A própria noção de otimização remete às concepções matemáticas e estatísticas, que têm como objeto de estudo os seres simplesmente dados, e não relações ontológicas e deontológicas, que são justamente aquelas com as quais o direito tem de lidar.

Além disso, o método de Alexy sofre as oportunas críticas de Neves no sentido de ser, em alguns pontos, incapaz de agregar as múltiplas perspectivas relacionadas aos princípios que irão nortear o processo de transformação da complexidade desestruturada em realidade estruturável.¹⁸³ A redução das colisões jurídicas a dois princípios conflituosos ou a dois grupos de princípios em oposição parece perder de vista as dimensões ontológica e deontológica como originárias e prévias em relação a qualquer operacionalização ôntica ou deôntica.¹⁸⁴

Ainda assim, o âmbito metafísico da experiência jurídica parece ser continuamente atenuado nessas teorizações, ou ao menos camuflado de forma mais sofisticada.

Na filosofia jurídica de Dworkin, a própria compreensão da construção do direito como um romance auxilia a elucidar isso. Nessa elaboração, por vezes, os casos fáceis se transformarem em casos difíceis e, então, novamente em casos fáceis, porém com soluções opostas,¹⁸⁵ o que parece revelar os aspectos da filosofia de Dworkin atentas às transmutações ontológicas e deontológicas de uma sociedade. Essas ideias estão atentas, também, principalmente, à temporalidade como horizonte no qual essas transformações são possíveis. As críticas outrora feitas à teoria do filósofo jurídico estadunidense devem ser atenuadas diante da dimensão temporal de suas ideias e, também, do próprio conceito de integridade do direito como um dos alicerces possíveis para a própria compreensão pós-metafísica de uma deontologia reconstruída.

¹⁸³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 141-143.

¹⁸⁴ Deve ser ressaltado, contudo, que essa mesma crítica poderia ser realizada em relação a qualquer compreensão que procurasse transmutar o dever ser em aberto em dever ser simplesmente dado. O método de Alexy apresenta a vantagem de ser um dos mais sofisticados, sob uma perspectiva racional, nessa empreitada.

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: The Beknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 354.

Talvez seja por esse motivo que Habermas, ao conceber o positivismo jurídico, o realismo jurídico e a hermenêutica jurídica como as três principais alternativas às sociedades que não mais se apóiam em alicerces do direito natural, chega à conclusão de que a peculiar apreensão própria da hermenêutica jurídica na teoria de Dworkin parece moldar o modelo mais apropriado para a empreitada de orientar decisões judiciais.¹⁸⁶

Em síntese, Habermas parece concordar com a crítica de Dworkin no sentido de que, embora possíveis, esses outros modelos não são os mais sofisticados para a compreensão deontológica de uma determinada ordem jurídica, sobretudo no que se refere ao adequado tratamento da problemática relação de tensão entre a segurança jurídica e a adequação social do direito.

Porém, Habermas é mais um pensador que concebe o ideal do juiz Hércules formulado por Dworkin como um ponto de referência exacerbadamente idealizado e, por vezes, incapaz de apresentar uma formulação propícia para o modo pelo qual os dilemas jurídicos de comunidades contemporâneas devem ser delineados.¹⁸⁷

Consoante elucidado no primeiro capítulo, o filósofo da Escola de Frankfurt propõe um modelo procedimental do direito para a intermediação de todos os discursos eventualmente relacionados às decisões que ordenarão a vida em conjunto. Na filosofia de Habermas, a dimensão existencial é concebida especificamente nos discursos éticos e políticos.¹⁸⁸ Nesses discursos, uma sociedade elucida, no âmbito coletivo, o “como deve-se viver” em conjunto, o que já parece moldar um aperfeiçoamento bastante amadurecido para o tratamento de questões ontológicas e deontológicas mediante a intermediação existencial desses discursos.

O âmbito da comunicação, por se referir especificamente a um dos modos possíveis de ser do existencial ser-no-mundo – ao contrário do que parece ocorrer no modelo idealizado do juiz Hércules ou na máxima da proporcionalidade –, não procura restringir a acepção da contingência da realidade a termos ônticos, mas, ao invés, o mantém em uma dimensão ontológica da existência humana, a linguagem.

Por ser elucidativo no que diz respeito às ideias ora expostas, vale fazer menção à apropriação que Neves faz a respeito da superação da metafísica jurídica e do positivismo jurídico por meio da dimensão discursiva conjecturada por Habermas:

¹⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 197-204.

¹⁸⁷ *Ibidem*. p. 215.

¹⁸⁸ *Ibidem*. p. 160.

“ Ao perder seus fundamentos sacros, o direito, por um lado, assume o papel de instrumento do poder e do mercado, mas, por outro, exige uma fundamentação em termos de uma racionalidade procedimental tanto ética quanto moral. Ao diferenciar-se da eticidade concreta do grupo e de uma moralidade conteudística, impõe-se-lhe uma justificação racional não apenas nos limites do discurso jurídico sobre a consistência, mas também a partir dos discursos ético e moral. A legitimidade procedimental, implica, então, a criticabilidade dos princípios jurídicos à luz de uma racionalidade discursiva abrangente, envolvendo questões jurídicas (de consistência), pragmáticas (de estabelecimento de fins e determinação dos meios adequados a alcançá-los), ético-políticas (de valores) e morais (de justiça), assim como questões concernentes ao compromisso equitativo.”¹⁸⁹

Em última instância, a teoria discursiva do direito pretende envolver na linguagem a totalidade da existência humana – ou ao menos a existência humana em sua acepção coletivizada – e assim formular uma compreensão do direito que consiga agregar todas as perspectivas eventualmente relacionadas ao processo de decisão a serem implementados a partir dos mais variados discursos suscitados nesses procedimentos.

Nesse sentido, talvez seja possível conjecturar a hipótese de que decorre dessa apreensão existencialmente – ou, aliás, linguisticamente – adequada dos aspectos ontológicos e deontológicos subjacentes ao direito o êxito da teoria do discurso em conseguir atribuir uma nova significação à dicotomia entre público e privado, superar a aparente contradição entre democracia e estado de direito e, de forma mais densa, elucidar que a razão de ser do direito não reside em sua forma, tampouco em seu conteúdo, mas na própria procedimentalização que possibilita a sua elaboração formal e o caráter substancial daquilo disposto pelo ordenamento.

A teoria discursiva do direito, como alternativa à superação do positivismo jurídico, dificilmente poderia ser apontada como um retorno ao jusnaturalismo.

Nas decisões intermediadas pelos discursos procedimentalizados, os princípios, na verdade, não são acepções sofisticadas do direito natural, mas exercem a relevante função de apontar para o que deve ser implementado em uma circunstância a partir de todas as questões eventualmente atinentes à experiência humana, como os aspectos pragmáticos, éticos, políticos e, sobretudo no que concerne à deontologia, os elementos morais e jurídicos a serem levados em consideração.

Os princípios têm a capacidade de continuamente suscitarem os aspectos relativos à experiência humana que devam ser considerados nesses discursos de formação e aplicação do direito. Não são referências a um ente natural do qual deriva a solução adequada para um caso.

¹⁸⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 50.

O acerto da teoria discursiva do direito consiste em conseguir traduzir o caráter ontológico do ser humano nos vários discursos procedimentalizados e filtrá-los de tal modo que surja, a partir disso, uma decisão ou parâmetro deontológico como capaz de nortear a controvérsia. A linguagem, como existencial, consegue apontar para a totalidade da existência humana nessa tarefa procedimentalizada da teoria de Habermas.

Porém, paradoxalmente, a linguagem não é, em si, a totalidade da existência humana. Talvez, em uma acepção cada vez mais sofisticada do princípio como instrumento apto a elucidar ao ser humano o dever ser em aberto, a linguagem terá a possibilidade de superar a própria teoria discursiva do direito e encontrar outro existencial mais adequado para nortear o âmbito das diversas existências humanas presentes e reunidas em conjunto no contexto de sociedades pós-metafísicas.

Hipóteses como essa são tão imprevisíveis e impossíveis de serem comprovadas, ou sequer testadas, por conta do próprio aspecto ontológico da existência humana.

Algo que certamente parece plausível, porém, é o fato de que – em um paradigma pós-positivista e pós-metafísico do direito – as normas jurídicas não mais se restringem à resolução de casos levados a uma instância judiciária, mas, voltam-se, também, ao próprio apontamento e remissão ao que uma determinada comunidade escolheu e moldou como a dimensão deontológica a partir da qual suas decisões são tomadas, ou aliás, da qual podem ser tomadas.

3.3. A deontologia jurídica reconstruída a partir e para além da distinção entre regras e princípios.

Os princípios jurídicos, de acordo com as explicações realizadas até aqui, constituem normas que apontam em alguma medida para o dever ser em aberto. Indício disso é o fato de que, no modelo de Neves, os princípios assumem a relevante função de abrir a cadeia argumentativa que irá nortear a resolução de uma determinada controvérsia.

Contudo, não foram exatamente essas as acepções que primeiro delinearam a elaboração dos princípios jurídicos em sua noção hodierna. A sofisticada formulação de uma dogmática principiológica, ao menos de acordo com as opiniões dominantes da filosofia jurídica contemporânea, tinha como propósito inicial superar a noção do positivismo jurídico de que, na ausência de uma norma a prever a solução de um caso, haveria uma espécie de discricionariedade judicial para a decisão a ser tomada.

De fato, nas teorizações dos primeiros modelos pós-positivistas do direito, como o de Dworkin, a remissão dos princípios a uma dimensão da moralidade comunitária parece novamente atrelar o direito a um elemento metafísico.

Em certa medida, essa suposição ocorre por conta da própria noção de moralidade comunitária descrita por Dworkin e, portanto, de uma ordem deontológica ainda pautada, inclusive na filosofia moral, em alicerces relativamente metafísicos. Conforme apontado ao longo deste trabalho, as bases deontológicas da filosofia jurídica remontam às ideias de Kant, as quais pressupõem uma metafísica orientada ao reino dos fins primordiais da humanidade.

Entretanto, talvez por ter de reiteradamente resolver dilemas práticos e pragmáticos da realidade, a dogmática jurídica, quiçá de uma forma mais atenta que a própria filosofia jurídica, parece perceber algo claro e elucidado pela filosofia de Heidegger – é o ser humano quem escolhe sua própria moralidade.

Enquanto a filosofia moral e a filosofia jurídica refletem acerca do conceito último de direito e dos elementos subjacentes ao seu conteúdo, a prática jurídica, ao lidar com problemas crescentemente complexos, vislumbra nos princípios, e na sua intermediação com as regras, a possibilidade da resolução concreta das controvérsias atinentes à dimensão humana que é institucionalizada.

Ou seja, os princípios, já em sua acepção como construções paulatinas das sociedades humanas, apontam para algo que é, de certa, forma óbvio – a dimensão normativa da realidade não precisa se reduzir à uma noção simplesmente dada das instituições públicas, especialmente no que diz respeito ao legislativo e ao judiciário. Os princípios fazem os operadores do direito lembrar de que não é o deontológico que deve derivar das instituições, mas o contrário.

A operacionalização do direito e a construção de suas ferramentas somente tem sentido caso haja alguma aspiração à realização do deôntico em consonância com o deontológico, isto é, do dever ser aplicado ao caso concreto em harmonia com o dever ser existencialmente possível. Mais do que reproduzir de forma regrada as pressuposições já implícitas na construção artificial dessas instituições, os princípios jurídicos têm a possibilidade de continuamente questioná-las diante do que significa, do que deve significar e, principalmente, do que pode significar a conjuntura normativa do direito ante um dever ser elaborado não por um ente metafísico, mas pelos próprios partícipes dessas comunidades pós-metafísicas.

Quanto a isso, são elucidativas as palavras de Neves a respeito de como os princípios jurídicos são responsáveis por desenvolver processos de reflexividade no âmbito do direito:

“Do ponto de vista da estática jurídica, os princípios constitucionais, enquanto normas jurídicas gerais com base nas quais se desenvolve a observação de segunda ordem dos casos constitucionais a decidir e das respectivas normas de decisão, constituem mecanismos reflexivos ou, mais precisamente, são as estruturas mais abrangentes de reflexividade do sistema jurídico. A reflexividade diz respeito à referência de um processo a processos sistêmicos da mesma espécie. Assim, pode-se apontar para a decisão sobre a tomada de decisão nas organizações, a normatização da normatização do direito, o ensino do ensino (ou a educação do educador), o aprendizado do aprendizado na educação, o poder sobre o poder na política, a troca referente à troca (monetarização ou, em outro plano, o financiamento do uso do dinheiro) na economia, a comunicação amorosa sobre o próprio amor.”¹⁹⁰

Pelas explanações já realizadas até aqui, parece que esses processos de reflexividade somente são possíveis em virtude da própria caracterização ontológica do ser humano. Por ser sempre um ser que não lhe diz respeito, o ser humano tem a contínua capacidade de questionar esse seu ser que lhe foi dado e de, então, buscar outro ser, que novamente também poderá ser colocado em xeque.

Em uma acepção talvez mais amadurecida, os processos de reflexividade quiçá sejam uma intermediação das apreensões ônticas com o ontológico que continuamente consiga aprimorá-lo em vista da sua utilização ontológica pelo ser humano. Nos exemplos tidos por Neves, a educação sobre a educação e o poder sobre o poder político somente são possíveis caso essa própria educação e o poder político reflexivos não forem apreendidos de forma ôntica, ou seja, de maneira simplesmente dada.

Na dimensão normativa, o direito, por intermédio dos princípios jurídicos, possui a especial função de refletir acerca de um âmbito ôntico ante o ontológico, mas de, também, e principalmente, realizar a reflexividade do deôntico diante do deontológico. E, nessa tarefa, princípios basilares como o da igualdade,¹⁹¹ da dignidade da pessoa humana,¹⁹² da separação

¹⁹⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 129.

¹⁹¹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)”

¹⁹² Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)”

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)”

de poderes,¹⁹³ entre outros, somente têm maior sentido quando indicam as possibilidades que orientarão uma probabilidade maior da observância a esses princípios. Aliás, a própria história da formulação do princípio da separação dos poderes parece de alguma forma se assemelhar à construção de um âmbito deontológico que delimita as diversas possibilidades advindas do domínio ontológico, para que essas mesmas possibilidades, no futuro, não sejam aniquiladas.

Em última instância, os princípios jurídicos podem promover o questionamento das próprias estruturas jurídicas – sejam concretas, dogmáticas, jurisprudenciais ou até mesmo as simplesmente leigas – rumo a uma contínua formulação mais sofisticada desses conceitos repetidamente postos em xeque.

Os julgamentos marcantes dos principais tribunais constitucionais, aliás, apenas têm maior relevo quando compreendidos nessa dimensão do dever ser que uma comunidade escolhe como elemento deontológico de sua conjuntura.

As clássicas decisões da Suprema Corte estadunidense acerca de questões raciais não revelam uma compreensão ou revelação absolutamente acertada de princípios superiores a certas regras racistas que foram revogadas, mas sim, a escolha histórica de uma sociedade que passou a não mais admitir a segregação racial como possibilidade em consonância com a sua noção de dever ser.

A analítica e detalhada Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não contém fórmulas e previsões absolutas aptas a resolver todos os dilemas sociais, éticos, políticos e morais da sociedade brasileira, mas sim uma construção humana já consideravelmente aperfeiçoada em um período de tempo relativa e historicamente curto, e apta a possibilitar escolhas realizadas no âmbito histórico e contingencial de uma comunidade que procura delinear o seu próprio dever ser.

Em outros termos, e conforme já apontado, a teoria discursiva do direito já parece possibilitar essas noções. Contudo, será que há algo o qual a filosofia de Heidegger ainda possa auxiliar na procedimentalização dos discursos?

A teoria discursiva do direito, a qual é em alguns aspectos apenas formal, não leva em consideração, ao contrário da ontologia de Heidegger, certos aspectos fenomênicos verificados na existência humana. Heidegger dedica especial atenção ao modo de ser do ser humano como sempre humorado, como sempre em sintonia com alguma disposição do humor – ou seja, como apático, alegre, cansado, disposto, entre tantas outros. Isso não diz respeito a uma descrição psicológica das possibilidades humanas, mas sim a uma própria averiguação

¹⁹³ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

ontológica da impossibilidade de haver um ser humano neutro em sua disposição humorística, em qualquer instante que seja.¹⁹⁴

Essas noções, embora percebidas por Heidegger como constitutivas da própria existência, são, na maior parte das vezes, ignoradas pelo direito e, principalmente, pela prática jurídica. O direito, ao se reportar a esses conceitos, costuma apreender algumas dimensões da existência humana como irracionais e, portanto, impertinentes no campo do discurso e da argumentação jurídica. Nesse ponto, parecem ser oportunas as críticas de Heidegger à desconsideração de aspectos não concebidos de forma plena pela razão, mas ainda assim fenomenologicamente relevantes para a existência humana:

“Mesmo que a presença estivesse “segura” na crença de seu “para onde” ou pretendesse saber o seu de onde, mediante um esclarecimento racional, nada disso diminuiria o seguinte fenômeno: o humor coloca a presença diante desse que de seu pré, o qual se lhe impõe como enigma inexorável. Do ponto de vista ontológico-existencial, não há nenhuma razão para se desprezar a “evidência” da disposição, comparando-a com a certeza apodítica de um conhecimento teórico acerca do que é simplesmente dado. Também não é menos falso abrigar esses fenômenos no âmbito do irracional. O irracionalismo – enquanto o outro lado do racionalismo – fala apenas estrabicamente daquilo para o que o racionalismo é cego.”¹⁹⁵

Ou seja, mais do que apontar racionalmente para a decisão em um ou em outro sentido, os princípios também possuem a tarefa de abrir o dever ser de tal forma que compreenda o ser, ou melhor, o ser humano em toda a sua dimensão.

Para elucidar isso de forma mais clara, convém ilustrar um exemplo concreto. O caso de comunidades indígenas tradicionais que instituem como obrigatório o infanticídio de recém-nascidos portadores de alguma espécie de deficiência leva a compreensão contemporânea do direito, ou a acepção contemporânea do direito brasileiro, a refletir acerca de seus próprios pressupostos.¹⁹⁶

Por um lado, a permissão dessa prática pode significar uma admissão da relatividade histórica da própria razão de ser do direito, o que poderia acarretar um efeito em cascata no qual todas as normas e institutos jurídicos poderiam ser questionados. Do outro, a imposição forçada de normas a essas comunidades indígenas poderia significar um exercício arbitrário

¹⁹⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 193-202. Esse sentido de humor ou disposição não deve ser confundido no sentido do bom humor, da simpatia ou da felicidade. O conceito de humor descrito por Heidegger congrega todas as disposições humorísticas possíveis da existência humana, inclusive o mau humor, a angústia e a tristeza. É, novamente, um existencial ontológico aberto a todas as suas possibilidades ônticas.

¹⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 195.

¹⁹⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 166-168.

do poder estatal. Ocorre que a própria noção do direito, principalmente a do direito constitucional contemporâneo, surgiu historicamente em grande medida como um contrapeso e até mesmo um freio ao exercício arbitrário do poder político.

A resolução desses dilemas deontológicos somente pode ser operada por intermédio de princípios jurídicos devidamente atentos ao dever ser existencial e em aberto.

A distinção entre regras e princípios possibilita, nesse caso, o primeiro passo para que o direito compreenda que, mais do que sedimentar concepções ocidentais acerca da verdade e do correto, os conceitos incorporados aos princípios jurídicos possibilitam uma solução humana para a controvérsia. Nessa tarefa, as normas jurídicas que apontam para o outro ser humano das comunidades tradicionais como autônomos devem ser sobremaneira levadas em consideração.

E, por isso mesmo, a mera admissão dessas práticas em virtude de uma apreensão ideologizada do princípio da autonomia desses povos também não constitui parâmetro adequado para a sua resolução.

O delineamento desse controverso caso constitucional somente pode ser procedido mediante contínuos debates que consigam chegar a alguma conclusão a respeito do que, existencialmente, *deve ser* nessa conjuntura, a partir da congregação de todas as opiniões proferidas por aqueles que, também, de forma contingencial, *já são*. O deontológico, nesse caso, significará a própria escolha ou pela autonomia das comunidades indígenas ou pela proteção do infante como elemento deontológico em maior conformidade com o já ser e com o que já é deontológico no âmbito dessas circunstâncias.

Ainda assim, mesmo com a decisão tomada, os princípios têm a capacidade de manter em aberto a própria possibilidade de alteração dessa conjuntura, caso, de forma histórica ou talvez até repentina, essa escolha se mostrar inadequada. Os princípios têm a função de lembrar continuamente aos membros de uma comunidade jurídica a respeito do que deve significar o dever ser dessa comunidade a partir do dever ser em aberto.

E, nesse aspecto, são mais uma vez pertinentes outras considerações de Heidegger. O filósofo continental alemão, após descrever alguns dos principais existenciais do ser humano, chega à conclusão de que, a despeito de estar aberto ao ser, o ser humano, na maior parte das vezes, age em intermediação quase que exclusiva com os entes simplesmente dados, de forma que perde de vista as suas possibilidades mais próprias. Heidegger denomina esse modo de ser impróprio e desatento ao ser como impessoal e, de acordo com o filósofo:

“O impessoal encontra-se em toda parte, mas no modo de sempre ter escapulado quando a presença exige uma decisão. Porque prescreve todo julgamento e decisão, o impessoal retira a responsabilidade de cada presença. O impessoal pode, por assim dizer, permitir que se apóie impessoalmente nele. Pode assumir tudo com a maior facilidade e responder por tudo, já que não há ninguém que precise responsabilizar-se por coisa alguma. O impessoal sempre “foi” quem... e, no entanto, pode-se dizer que não foi “ninguém”. Na cotidianidade da presença, a maioria das coisas é feita por alguém de quem se deve dizer que não é ninguém.”¹⁹⁷

Embora de um modo talvez deturpado, é possível dizer que o apego exacerbado em modelos regrados parece ser alheio à escolha humana como elemento inevitavelmente intrínseco à sua caracterização existencial.

Já na aplicação de um princípio jurídico, na maior parte das vezes, a norma passa por uma escolha mais singular. Enquanto isso, na aplicação de uma regra, também na maioria das hipóteses, essa espécie de norma parece ser intermediada por escolhas impessoais, na acepção do termo conforme indicado pela filosofia de Heidegger.

Ou seja, há uma última diferença, provavelmente existencial, entre regras e princípios. As regras apresentam a tendência de fazer o ser humano esquecer dos seus possíveis modos de dever ser, ao passo que os princípios jurídicos possuem a aptidão de revelar possibilidades a partir das quais esse dever ser pode ser formulado.

Conforme já reiteradamente explanado, essa espécie de normas, no modelo de Neves, possui a capacidade de propiciar aberturas na cadeira argumentativa que irá delinear a resolução de casos jurídicos. Mas, talvez seja possível ir além. Essa capacidade de propiciar aberturas argumentativas parece ganhar maior sentido ao se perceber que, a partir disso, há uma abertura de possibilidades existenciais.

Os princípios jurídicos, na dimensão jurídica e normativa, têm a importante e difícil tarefa de intermediar e decidir, a partir do dever ser que já é – imposto pelas regras legisladas ou pelas próprias regras derivadas de forma jurisprudencial pelos princípios –, o dever ser que ainda pode vir a ser.

¹⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 185.

CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das explicações tecidas ao longo deste trabalho, é possível chegar a uma conclusão principal concernente ao seu objeto de estudo – a diferença entre regras e princípios jurídicos – e a algumas considerações finais oportunas para outras questões também examinadas no decorrer da dissertação.

A diferença entre regras e princípios jurídicos, conforme já reiteradamente explanado, não constitui apenas um dentre os vários temas da filosofia jurídica contemporânea. A devida compreensão acerca das características e da funcionalidade de cada uma dessas espécies de normas é fundamental para uma considerável parcela dos temas atualmente averiguados no âmbito jurídico – como questões sobre a separação dos poderes, o controle judicial de constitucionalidade de leis, debates acerca da interpretação e da aplicação de normas e, em uma dimensão mais abrangente, sobre o que poderia ser o próprio conceito de direito.

Além disso, a contextualização histórica da discussão a respeito da diferença entre regras e princípios jurídicos é útil para a compreensão do positivismo jurídico como paradigma já insuficiente para o tratamento dos dilemas e das controvérsias jurídicas da contemporaneidade. A inaptidão do positivismo, porém, não pode significar um retorno de padrões jusnaturalistas que, ainda que retomados de forma mais sofisticada, pretendam moldar o ordenamento jurídico a partir de pressupostos já não mais legítimos para a regulação da vida em sociedades pós-metafísicas.

Por isso, a escolha da diferença ontológica formulada na filosofia de Martin Heidegger como marco teórico possibilita, em conformidade com as exigências pós-metafísicas dessas comunidades, algumas apreensões sobre essas categorias de normas e, principalmente, sobre as suas implicações para o direito como um todo.

A ontologia fundamental da filosofia de Heidegger aponta para coisas surpreendentes e, ao mesmo tempo, óbvias.

O ser humano não é um ente como os demais entes da realidade. A demonstração fenomenológica desse pressuposto é anterior a qualquer outra compreensão biológica, antropológica, psicológica – e, também, jurídica – a respeito desse ente. Em razão disso, é preciso que os demais aspectos e as várias relações averiguadas na dimensão da experiência humana sejam compreendidos a partir dessa distinção.

A diferença ontológica, então, começa a apontar para elementos de certa forma evidentes no que diz respeito à ordem jurídica. As instituições e os procedimentos que delineiam a operacionalização do direito são construções humanas. Os próprios paradigmas que dominam a concepção desses institutos também são elementos históricos. Apesar disso, em uma contínua progressão dos pressupostos que remontam aos fundamentos essenciais do direito, essas ideias parecem ficar cada vez mais diluídas.

Noções basilares da ordem jurídica, como a supremacia da constituição, a segurança jurídica e, surpreendentemente, até a dignidade da pessoa humana, são concebidas como entes aptos a justificar, explicar e moldar o direito de forma racional e plena. A filosofia de Heidegger, porém, ao romper com qualquer noção ontologizada do ser humano a não ser sua própria caracterização ontologicamente em aberto pode lembrar ao direito de algo muito simples, e exigido justamente em virtude do paradigma pós-metafísico da contemporaneidade – os princípios que fundamentam a ordem jurídica somente podem ser compreendidos como artefatos humanos.

E, a partir disso, abre-se o espaço para a própria concepção existencialmente diversa e contingente daquilo que é ordenado e estruturado pelo direito.

Nesse sentido, a principal conclusão obtida no presente trabalho foi a de que, por haver uma diferença ontológica entre o ente e o ser, que se reveste na própria diferença do ser humano em relação a todos os demais seres, deve haver também uma diferença na dimensão deontológica, isto é, uma possível distinção entre o deontológico e o deôntico. Essa diferença, por sua vez, tem implicação para o direito justamente no que concerne às duas espécies de normas jurídicas analisadas no trabalho – os princípios são mandamentos jurídicos deontológicos, ao passo que as regras traduzem mandamentos jurídicos deônticos.

Em linhas mais sintéticas, a conclusão poderia ser descrita da seguinte forma – há uma distinção onto-deontológica entre regras e princípios jurídicos cuja origem provém da própria diferença ontológica conjecturada pela filosofia de Heidegger.

Além dessa conclusão, outras considerações devem ser apontadas.

Essa possível diferença deontológica descrita no trabalho sequer é ou foi examinada pela filosofia jurídica ou pela filosofia em geral. É uma hipótese conjecturada ao longo do trabalho com base nas descrições ontológicas e existenciais das possibilidades humanas constantes na filosofia de Heidegger.

Contudo, há sérios indícios de que essas ideias já estão presentes na filosofia jurídica em outros termos. A conjugação do imperativo categórico da filosofia de Immanuel Kant com

a elucidação, segundo Heidegger, do ser humano como ente ontologicamente diferenciado parece ser o alicerce fundamental de qualquer filosofia, moral ou ética que pretenda ser deontológica. Algumas teorizações averiguadas na filosofia jurídica contemporânea já parecem apontar para ideias nesse sentido. O direito como integridade formulado por Ronald Dworkin e o sistema de direitos reconstruído pela teoria procedimental e discursiva de Jürgen Habermas parecem estar em consonância com a ideia de uma deontologia ser erigida para assegurar as possibilidades ontológicas de seres humanos regidos por uma ordem jurídica.

E, a partir dessa noção da deontologia como uma dimensão em aberto, outras ideias também podem ser suscitadas.

A superação do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico não foi o suficiente para extirpar a metafísica transcendental no âmbito do direito. A substituição de um fundamento metafísico proveniente da natureza por outro tido como uma suposição lógica parcialmente alheia à experiência humana não fora capaz de eliminar totalmente a ideia de um elemento transcendental para explicar a ordem jurídica. Os princípios, caso forem compreendidos como normas jurídicas em estreita relação com o dever ser em aberto, poderão assentar definitivamente a possibilidade de o direito ser firmado e explicado precipuamente, aliás, exclusivamente, a partir de elementos humanos que não transcendam à sua própria experiência contingente e finita.

Com base nessa noção da deontologia reconstruída e atrelada à experiência humana, é possível chegar a outras considerações.

Os próprios filósofos jurídicos responsáveis pela concepção sofisticada das diferenças entre regras e princípios jurídicos são, em alguns aspectos, alheios a essa dimensão do dever ser em aberto. Alexy, por exemplo, procura em um método formulado por categorias e relações concernentes aos entes simplesmente dados a possibilidade de uma decisão jurídica ser firmada a partir da dimensão deontologicamente em aberto da ordem jurídica.

Após firmar seu modelo em resposta ao positivismo jurídico, Dworkin recorre a um julgador idealizado – e, portanto, ôntico e deôntico – para moldar outras concepções desatentas à dimensão deontológica em aberto. A tese da única resposta correta parece conceber a decisão judicial como algo simplesmente dado, e não como espaço para que diversas possibilidades sejam ponderadas na definição de uma dentre as alternativas em conformidade com o dever ser.

De forma um pouco mais generalizada, é possível afirmar que os modelos que insistirem em buscar nas apreensões ou nos conceitos puramente racionais e acertados – e,

portanto, formulados de maneira ôntica ou deôntica – o fundamento precípua do direito carecerão de uma significação que realmente leve em consideração a caracterização ontológica do ser humano e, principalmente, a infinitude de possibilidades eventualmente derivadas de seus primados ontológicos.

Assim, embora as teorizações de Alexy e Dworkin sejam em muitos aspectos adequadas e úteis para a compreensão acerca das duas categorias de normas examinadas no trabalho, talvez os modelos que concebem as normas, sobretudo os princípios jurídicos, em conformidade com essa abertura de possibilidades proporcionadas por uma deontologia reconstruída sejam mais apropriados para a definição do paradigma pós-metafísico do direito.

Marcelo Neves, após afirmar que os princípios são as normas que fornecem a abertura de possibilidades argumentativas na resolução de uma determinada hipótese e, em um contexto mais abrangente, que são os princípios que operam a transformação da complexidade desestruturada em um contexto estruturável, procura elucidar conceitos e ideias em maior harmonia com a concepção – ou, aliás, a constatação – de que a atividade jurídica é uma experiência humana, e não transcendental.

Após formular alguns desses conceitos, Neves propõe o juiz Iolau¹⁹⁸ – em oposição a Hércules, sustentado por Dworkin – como julgador adequado para a averiguação dos princípios e das regras aptas para a resolução de uma determinada controvérsia jurídica. Iolau procura afastar uma compreensão dos princípios como mandamentos absolutos e plenamente capazes de resolver qualquer dilema. Porém, Iolau também não se apegua à noção idealizada de que o direito poderá fornecer uma regra correta para cada caso. Esse modelo é orientado por um juiz em maior conformidade com a caracterização ontológica do ser humano descrita no trabalho.

Iolau, ao afastar qualquer concepção deôntica do direito como simplesmente dado, também percebe que o dever ser em aberto há de exigir alguma solução concreta para o caso. Esse julgador compreende que a aplicação por vezes paradoxal de regras e princípios jurídicos parece decorrer da própria configuração ontologicamente paradoxal do ser humano. Mas essas contradições são justamente o que tornam possível a atividade jurídica. Neves conclui que:

“É possível que se suponha ser o juiz Iolau mais um ideal regulativo. Parece-me que não. Se pensarmos nos limites paradoxais da justiça como fórmula de contingência (ou de transcendência) poder-se-ia afirmar, como Derrida, que o juiz Iolau confronta-se com “uma experiência do impossível”. E caberia concluir: na busca de equilíbrio entre regras e princípios constitucionais, o juiz Iolau é, ele próprio, uma

¹⁹⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 221.-228.

experiência *com* o impossível. Para enfatizar a contingência, é mais plausível, porém, a seguinte conclusão: *o juiz Iolau é a experiência com o improvável*.¹⁹⁹

Fenomenologicamente, o ser humano já parece ter percebido, por diversas vezes, o dever ser como dimensão possível da sua experiência. A superação do positivismo jurídico e, principalmente, da metafísica transcendental, exigem uma nova compreensão deontológica do direito que pode ser intermediada e explicada pela diferença entre regras e princípios jurídicos, assim como pelas relações verificadas entre essas duas espécies de normas.

A experiência do dever ser a partir do ser, justamente por ser improvável, é também plenamente possível. O dever ser é uma das realidades possíveis e, sobretudo, uma das possibilidades mais reais que podem advir da experiência humana.

E talvez isso seja somente o princípio.

¹⁹⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 227-228.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 1-179.

BORGES, Maria de Lourdes; DALL'AGNOL, Darlei; DUTRA, Delamar Volpato. *Ética*. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2003.

DAVIS, Nancy. *Contemporary deontology*. In: SINGER, Peter. *A Companion to Ethics*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2007.

DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy*. New York. v. 60. nº 21. Outubro de 1963.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: The Beknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 225-238; 337-354.

_____. Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 1-130.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação*. Tradução de Claudio Molz. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. Terceira Parte. p. 191 – 233.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica – teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 3ª edição, revista e atualizada.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução, para o inglês, de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche I*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 7-41; 282-290; 402-410.

_____. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

KANT, Immanuel. *Lecciones de Ética*. Tradução, para o espanhol, de Roberto Rodríguez Aramayo e Concha Roldán Panadero. Barcelona: Editorial Crítica, 1988. p. 156-166; 188-195 e 203-212.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007. Versão condensada pelo próprio autor.

LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Posfácio*. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

O'NEILL, Onora. *Kantian ethics*. In: SINGER, Peter. *A Companion to Ethics*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2007.

SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante. *A perplexidade da presença (Prefácio)*. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *Michigan Law – Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Ann Arbor, Working Paper no. 77., 2007.

VALE, André Rufino do. *A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a Distinção entre Regras, Princípios e Valores*. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

_____. A Garantia Fundamental da Anterioridade Eleitoral: Algumas Reflexões em Torno da Interpretação do Art. 16 da Constituição. *Estudos Eleitorais*. Volume 6, Número 2, maio/agosto 2011.